

حسبنا الله ونعم الوكيل

حسبنا الله ونعم الوكيل

حاشية على العمدة من شعبان الحكيم

في نوبة
محمد بن مصطفى الحنفي

٦٢٩

تمت فهرست الهداية
بعون الله الملك ... في دقيقة



يطالبه في قرب المدة وهذا بالسلم في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على
غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة
فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى
المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا
للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصري
اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانه جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا
وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال

ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله صلى الله
عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من
احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة قال
ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى
المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر
والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في البيع ايضا
والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز
واحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر
الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية
جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع
عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله
للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك
الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع
في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة
الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد
لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم
التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق بينهما ومن ابتاع
صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته



وان شا فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة
للبايع لان البيع وقع على مقدار معلوم معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه
عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شا اخذها
بجملة الثمن وان شا ترك لان الذرع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض
والوصف لا يقابله شي من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول
لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود
عليه فيختل الرضى وان وجدها اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبايع لانه صفة
فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم
كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شا اخذها بحصتها وان شا ترك لان الوصف
وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه
لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شا اخذ
الجميع كل ذراع بدرهم وان شا فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في المبيع يلزمه زيادة الثمن
فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن
اخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان
عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به المسموح
واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند
ابي حنيفة رحمه الله بينما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقا الجهالة
ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن
ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز الزيادة لجهالة العشرة
الموصوفة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما
اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد
لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في
المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة
ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله عليه في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير

خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شا وقال ابو يوسف رحمة الله عليه في الوجه الاول
ياخذه باحد عشر ان شا وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شا وقال محمد في الاول ياخذه
بعشرة ونصف ان شا وفي الثاني بتسعة ونصف ويتخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم
مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه ولابي يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل
كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل
وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل
في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون
حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا
دخل بناوها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبنا في العرف ولانه متصل به
اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع وان لم يسمه لانه
متصل بها للقرار فاشبه البنا ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل
فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع لقوله
صلى الله عليه وسلم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال
وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقا فصار كالزرع ويقال للبايع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا
كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان
فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب
انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع لذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي
الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض
ولا فرق بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبايع لان بيعه
يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض
وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل فيه لانه مودع فيه كالمتاع ولو نبت ولم تصر له
قيمة فقد قيل يدخل وقيل لا يدخل وكان هذا بنا على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر
والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل
وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها
او من مرافقها دخلا فيه واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به بمنزلة المتاع

قال ــــــــ ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا
به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها
في الحال تفريغا لملك البايع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخل
فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهي
اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفه
وابي يوسف رحمة الله عليهما لما قلنا ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم
يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان البيع العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا
ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى بيعا انه ان لم ينقده الثمن الى
ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمة الله عليهما
وقال محمد رحمه الله يجوز اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل
فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن
المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفه رحمه الله على اصله في الملحق به وفي نفي
الزيادة على الثلث وكذا محمد رحمه الله في تجويز الزيادة وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل
بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر رحمه الله وهو انه
بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح فيه مفسد فاشتراط الفاسد
فيه اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال ــــــــ وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه
لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف
وان قبضه باذن البايع فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ
بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشرا وفيه القيمة
ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق قال ــــــــ
وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار
انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال ــــــــ الا ان
المشتري لا يملكه عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل
في ملك المشتري يكون زايلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفه رحمه الله عليه انه
لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة

ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف
على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر
قال ــــــــ فان هلك في يده هلك بالثمن وكذلك اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار
للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع
فيهلك والعقد موقوف قال ــــــــ ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد
النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطيها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت
بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفه رحمة الله عليه وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان
وطيها لم يردها لانه وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها
تنبني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه ومنها عتق المشتري اذا كان قريبا له في مدة
الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان
اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشرا فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة
لا يجتزئ به من الاستبرا ولو ردت بحكم الخيار الى البايع لا يجب عليه الاستبرا عنده وعندهما
يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد عنده
خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يده في
المدة يهلك من مال البايع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة
الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البايع عن الثمن في
المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره
لانه لما ملكه كان الرد تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي خمرا من ذمي
على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل
البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ــــــــ ومن شرط له الخيار
فله ان يفسخ واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء
المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البايع طاب له وان
تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء
لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخل وقد استاجر النخل الى وقت

الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للحاجة له فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول ليحصل الزيادة على ملكه ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذا رواية الحسن وهو رواية الطحاوي واما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز وكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان فانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلا الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل مفاتيح اغلاقها في البيع لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به الا به قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين

حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

٥ باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان ابن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات فقال له صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وهو قول زفر والشافعي رحمة الله عليهما وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنه انه اجاز البيع الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله والشرط هو العلم وانما كني بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد لمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط

ای فیما اذا کان الخیار للمشتری

ملكه بملك الغير لان الخيار لا يورث قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره فايهما
اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا
يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره
كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد
فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار
فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه
فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه
الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان
المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف
وقيل الاول قول محمد رحمه الله والثاني قول ابي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل
من رجل والموكل من رجل غيره معا فمحمد رحمه الله يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رحمه الله يعتبرهما
قال ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان
باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها
ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده بجهالة الثمن والمبيع
لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما
وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب
وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد
العقد في الاخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان
يفصل ولا يعين والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن قال ومن اشترى
ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة وان كانت اربعة
اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي
رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق
والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله
ولا يمكنه البايع من الحمل الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث
لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعين من له الخيار

وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى
المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو
المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا
الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة
معلومة ايها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد ثوبين وهو
الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والاخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب
لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف
ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو
مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث
فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار
فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضى لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك فيها
لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت
الملك من وقت الشرا فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمة الله عليه
خاصة قال واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان
اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان
المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر
زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد
قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء
اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب
التخير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد
بفواته العقد بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا
اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا راه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال

الشافعي رحمه الله لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلم من اشترى شيا لم يره
فله الخيار اذا راه ولان الجهالة بعدم الروية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار
كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه قال وكذا اذا قال رضيت ثم راه له ان يرده لان الخيار
معلق بالروية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضى
بالشي قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الروية قال ومن باع ما لم
[بخلاف قوله رددت صح]
يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله عليه يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار
الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضى زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم وذلك
بالروية فلم يكن البايع راضيا بالزوال ووجه المرجوع اليه انه معلق بالشرا فلا يثبت دونه
وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد
غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك قد غبنت فقال
لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الروية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار
الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الروية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير
او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الروية وبعدها لانه لما
لزم تعذر الفسخ فيبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة
والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الروية لانه لا يربو على صريح الرضى ويبطله بعد الروية لوجود دلالة
الرضى قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى
وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان روية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي
بروية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشيا فان كان لا تتفاوت احاده كالمكيل والموزون
وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي بروية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما راى فحينئذ
يكون له الخيار وان كان تتفاوت احاده كالثياب والدواب لا بد من روية كل واحد والجوز والبيض
من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت
هذا نقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج
وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه
هو المقصود في الادمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر روية المقصود ولا يعتبر روية غيرها

وشرط بعضهم روية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من
الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من روية الضرع وفيما يطعم لا بد من
الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال وان راى صحن الدار فلا خيار له وان لم
يشاهد بيوتها وكذلك اذا راى خارج الدار او راى اشجار البستان من خارج وعند زفر
رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية
فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر
الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا
من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هما سوا وله ان
يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشرا فرويته تسقط الخيار
بالاجماع لهما انه وكيل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب
والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا
وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقا خيار الروية والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل
لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك
بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف
ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختبار وهو المقصود بالخيار يكون بعده
فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول فانه لا يملك شيا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك
القبض اذا كان رسولا في البيع قال وبيع الاعمى وشراوه جايز وله الخيار اذا اشترى
لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه
اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار
حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الروية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف
في مكان لو كان بصيرا لراه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة
في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراة في حق الاخرس في الصلوة واجرا الموسى يقام
الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول
ابي حنيفة رحمه الله لان روية الوكيل روية الموكل على ما مر انفا قال ومن راى
احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر جاز له ان يردهما لان روية احدهما لا تكون روية الاخر

للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة
قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير
قضاء ولا رضى ويكون فسخا من الأصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث
عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة
التي رآه فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار إلا إذا
كان لا يعلمه مرئية لعدم الرضى به وإن وجده متغيرا فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه
فكأنه لم يره وإن اختلفا في التغير فالقول للبائع لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر
إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها أمر
حادث والمشتري ينكره فيكون القول له قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه
ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها إلا من عيب وكذلك خيار الشرط لأنه تعذر الرد فيما أخرجه
عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف
خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة
ولو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعن أبي
يوسف رحمه الله أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق
العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسكه
ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه
بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند
البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضى به قال وكل ما أوجب نقصان
الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في
معرفته عرف أهله قال والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير
ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه إذا ظهرت هذه الأشياء عند
البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره يرده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه
لم يرده لأنه غيره وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر

لضعف المثانة وفي الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما
بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا
يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب أبدا ومعناه إذا جن في الصغر في يد
البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب في الحالين
متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى قادر
على إزالته وإن كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب
في الجارية لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لأن المقصود
الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب قال والزنا
وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب
الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له بأن زنى أكثر من
مرتين على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لأن طبع
المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمتنع عن صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر
فوجده مسلما لا يرده لأنه زوال العيب ولو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو
عيب لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع
عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الأمة وترد إذا انضم إليه
نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على
عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن
ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فيتعين الرجوع بالنقصان
إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه
فوجد به عيبا رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع لأنه عيب حادث فإن قال البائع أنا أقبله
كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد
غير ممتنع برضى البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فإن قطع الثوب وخاطه
أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة
لأنه لا وجه للفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه ولا وجه له معها لأن الزيادة ليست
بمبيعة فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه فإن باعه المشتري

وعند الشافعي رحمه الله يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب

بعد ما رأى العيب

بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا
قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو
كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه ○
قال ـــــــ ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه ○
اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان
الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق
في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت لان
وهذا الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته
قال ـــــــ وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء ○ لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل
وعن ابي حنيفة رحمة الله عليه انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد
او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت
حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ها هنا
باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق
المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا
وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد
فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل
ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشرى ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض
الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع
البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ○
قال ـــــــ ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا
فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما
قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث
ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رحمه الله يرده لان
الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه

ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما
لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والمثنى في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع
بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ـــــــ ومن باع عبدا
فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او ببينة او باباء يمين له
ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب
لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف
الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود
ها هنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع
جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه
بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما
يحدث مثله وما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن
بقيام العيب عند البائع الاول قال ـــــــ ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا
لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث ليتعين حقه مر
انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا بازاء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله يظهر
العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف
البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كبير ضرر به لانه
على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ـــــــ ومن اشترى عبدا فادعى
اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد بالتحليف انه لم يابق عنده لان بقيم
القول وان كان قوله لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة
فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه
بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلف بالله
لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك
النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول
ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاول في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون
البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق

عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ رحمهم الله على قول ابي حنيفة رحمة الله عليه وله على
ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس تصح الا من خصم ولا يصير خصما
فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي قدمناه
قال العبد الضعيف عصمه الله اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق
منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد الكبر قال ومن
اشترى جارية فتقابضا فوجد بها عيبا فقال البايع بعتك هذه واخرى معها وقال
المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون
القول قول القابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما
بينا قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالاخر عيبا فانه
ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا
لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا
فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان
تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا
يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول
فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل
القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب
وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر ٥
قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله
ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشي واحد الا ترى انه يسمى باسم
واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعائين فهو بمنزلة
عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الاخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه
لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضى العاقد لا برضا المالك وهذا
اذا كان بعد القبض اما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ٥
قال وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر
الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة

فركبها في حاجته فهو رضى لان ذلك دليل قصده الاستيفاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار
هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها
او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضى اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب
في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون
العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرنا يكون رضى قال
ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن عند ابي
حنيفة رحمة الله عليه وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا
قتل بسبب وجد في يد البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب
عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه
لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة
فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب
يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع
بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكرا من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البايع
ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان لما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضى البايع
للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قطع فبثلثة الارباع لان اليد من الادمي نصفه
وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد
الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه
ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يتفقد على مذهبهما
لان العلم بالعيب رضى به ولا يتفقد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم
يسم العيوب بعددها وقال الشافعي رحمه الله لا تصح البراءة بناء على مذهبه لان الابراء عن
الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان الابراء في معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول
لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم
الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدا ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض
في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر

رحمه الله عليه لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رحمه الله ان الغرض الزام العقد
باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث والله اعلم

باب البيع الفاسد

اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا
كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه
ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو
مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود
حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف
ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر
فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على
سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله عليه والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر
على ما نبينه ان شاء الله والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد
المشتري بقيمته وفيه خلاف الشافعي رحمه الله عليه وسنبينه بعد هذا ان شاء الله وكذا بيع الميتة
والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين
كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله
وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة
الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا
اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها
تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر
لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون اعزاز الخمر فبقي ذكر
الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر
وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال
وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام
الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال
لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك

بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز
والمراد بالمدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في
العتاق وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كساير الاموال
وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب
لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في
محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما
وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما
يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل ان
يصطاده لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يوخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه
اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يوخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها
المدخل لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو
ارسله من يده لانه غير مقدور على تسليمه ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع
الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه
انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال والصوف
على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف
القوايم لانها تزيد من اعلا وبخلاف القصيل لانه يمكنه قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع
التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في
ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى
عنه قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكرا لانه لا يمكن
تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم
يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البايع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ
المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البزر في البطيخ
حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع موجود عين
قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول

ولان فيه غررا قال — وبيع المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة
بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق
الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه
الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلم نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان
يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى
ما على النخل من المعرى بتمر مجذود وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدا قال —
ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على
سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم
البيع فالاول الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلم عن
بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر قال — ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين
لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شا جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه
بفروعه قال — ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلا اما البيع فلانه ورد
على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك
عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرا ليشرب البانها لا يجوز فهذا
اولى ولا يجوز بيع النحل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز اذا كان محرزا
وهو قول الشافعي رحمهما الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه اذا كان لا يوكل
كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه
فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا كذا ذكره
الكرخي رحمه الله ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رحمه الله لانه من الهوام وعند ابي
يوسف رحمه الله يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان لكونه
منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو
يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه
مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلم عنه ولانه لا يقدر على تسليمه
قال — الا ان يبيعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون
آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم



وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد لانه امانة عنده وقبض
الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند
فلان فبعه مني لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم
عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهوا وعن ابي
حنيفة رحمة الله عليه انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع
وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا روي عن محمد رحمه الله قال — ولا
يجوز بيع لبن امراة في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه
جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية
بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على
نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي
هي ضده ولا حياة في اللبن قال — ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين
فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه ويوجد
مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الما القليل افسده عند ابي يوسف رحمه الله عليه
وعند محمد رحمه الله لا يفسد لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رحمه الله
ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعر
غير مبتذل الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم مبتذل فلا يجوز ان يكون من اجزائه مهانا مبتذلا
وقد قال عليه السلم لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما
يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النسا وذوائبهن قال — ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل
ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير
المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت
بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها
وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه
من قبل والفيل كالخنزير نجس عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه
وينتفع به قال — واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده
فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو

المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو
اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرناه في
كتاب الشرب قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل
والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه
الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل مجهول لانه
لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما
بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما التسييل
على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور
وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما
حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية
فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق
ينبني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا
ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه
وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا
الذكر والانثى من بني ادم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت
فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان
مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها قبل نقد الثمن ثم باعها
من البائع بخمسمائة لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها
بالقبض فصار البيع من البائع وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض
ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المراة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترته بثمانمائة
بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة
بقي له فضل خمسمائة درهم وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر
عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع
قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا

بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد
عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه
مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة
فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح
مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف
جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا
في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال
فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض
ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول
للمشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها
ففعل جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل
المحرم ببيع صيد لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل اليه فصار
كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان العاقد هو الوكيل باهليته
وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا
يخللها وان كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او
يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لانه بيع وشرط وقد نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب ان يقال كل شرط يقتضيه العقد
كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط
ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه
يقع المنازعة بسببه فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض
على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من
المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى
الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته
الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشروط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود

عليه والشافعي رحمه الله وان كان خالفنا في العتق وقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه
ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه
المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله
عليه وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا
كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله عليه ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم
العقد على ما ذكرنا ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منهي للملك والشي بانتهايه يتقرر ولهذا
لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تتحقق الملايمة فيتقرر الفساد واذا
وجد العتق تحققت الملايمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال
وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البايع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري
درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة احد المتعاقدين
ولانه عليه السلم نهى عن بيع وشرط ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلها شي من الثمن يكون
اجارة في بيع واذا كان لا يقابلها يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلم عن صفقتين ؛ ٥
قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع
العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان
قال ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده
بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان
لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا
فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة
غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط
الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به ولكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية
لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها
لان الميراث لا يجري فيه ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد
لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في
صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوها البايع او يشركها فالبيع فاسد قال رضي الله

عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار
كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى
وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة
في البيع لابتنايها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا
جهالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز
لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة
وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فيها ولانه
معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف
اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا
ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة
الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى
هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم
الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا
وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفعت قبل
تقرره وهذه الجهالة في شرط زايد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطها بخلاف ما اذا
باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقطا الدرهم الزايد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح
الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان
من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد ثمنا جاز في العبد وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد
غيره جاز البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد البيع فيهما
ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل
الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا
يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد

لانه مجهول ولابي حنيفة رحمة الله عليه وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد
اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا
شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هولاء موقوف
وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه
في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة رحمة الله عليه وابي
يوسف الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهولاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا
اشارة الى البقا كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط
القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتدا ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه ٥

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد
بامر البايع وفي العقد عوضان كل واحد مال ملك المبيع ولزمه قيمته وقال الشافعي رحمه الله
لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد
ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن
البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفا في الاهلية
والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه
التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت
النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب
الدفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان
اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال
فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء اخر وهو ان في الخمر الواجب القيمة
وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البايع وهو الظاهر الا انه
يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على
القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في
الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما
مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر
والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمه قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال

يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة
ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا
للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا
بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد لشرط زائد فلمن له
الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له ٥
قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه
وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد
مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه
فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البايع بخلاف تصرف المشتري
في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل
بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى عبدا بخمر او بخنزير فقبضه وباعه او
اعتقه او وهبه وهو جايز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فنفذ تصرفاته وبالاعتاق
قد هلك فيلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن
نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال
المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد
شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ
المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البايع فالمشتري
احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته
كالرهن ثم ان كانت دراهم الثمن قايمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو
الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع
دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رحمة الله عليه رواه يعقوب عنه
في الجامع الصغير ثم شك في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء ويرد الدار
والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج فيه الى القضاء
ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء
والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البايع فينقطع حق الاسترداد كالبيع

خلاف الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه
وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد رحمه الله على
الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته يبتني على
الاختلاف ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح
ويطيب للبائع ما ربح من الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيمكن
الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها
فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم
الملك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليهما يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما
لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب
الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ٥
قال ولذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد
ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك هاهنا لان الدين وجب بالتسمية
ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال
عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم اخيه قال عليه السلام لا يستام الرجل على
سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضيا المتعاقدان
على مبلغ ثمن في المساومة فاذا لم يركن احدهما الى الاخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكر وما ذكرناه
محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلدة
فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر
قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا
اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار
بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة
قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان
المعتبر في كتاب الصلوة قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان
الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا باس

ببيع من يزيد وتفسيره ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد
ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما
ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله صلى الله
عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب صلى الله
عليه وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان قال بعت احدهما فقال
عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير
والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة
على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير
قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس
فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له
والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجناية
وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال
فان فرق كره ذلك وجاز البيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز
في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في
البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه
كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد
صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين والله اعلم ٥

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته
اقال الله عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او
اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد
في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وعند ابي يوسف
رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رحمه الله
هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ
للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا

نرى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو
حد البيع ولهذا ابطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب ويثبت به الشفعة وهذه احكام البيع
ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال
الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه
ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل
حكم البيع لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط
الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل
الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في
العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث
في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط
الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله
بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرطه الاقل عند ابي يوسف رحمه الله لانه
هو الاصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول
ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ
بالاقل على ما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رحمة الله
عليه ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة
باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره
فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند ابي يوسف رحمة الله عليه في المنقول لتعذر
البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال
وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم
بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه ولو تقايضا تجوز
الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما
ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة
ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي الى التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي
المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما
على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة
ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هو لك
يا رسول الله بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون
العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه
مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او شيء من المكيل موصوفا جاز لانه
يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته
لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصباغ
والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة
عرف التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه
الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف
المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة
الحمل بخلاف اجرة الراعي ولذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم
لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار
عند ابي حنيفة رحمة الله عليه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في
التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد
رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون
وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله ان الاصل فيه
كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على
الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط
في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله انه
لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فيتعين الحط
وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير
فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة

لانه مجرد حق لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة
بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح
ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن
لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله عليه وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير
وصورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة
بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا
يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني
عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل الثالث ولابي حنيفة
حنيفة رحمة الله عليه ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان
على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم
تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح
خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره قال فاذا اشترى
العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر
فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا
العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير
كان العبد اشتراه للمولى في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول بعشرة
قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه
من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على اثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه
عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف
وهي مقصودة فالانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول
من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت
او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا
يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطي وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول
انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمة الله عليه واما اذا

فقأ

عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها
الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان
ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى غلاما
بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء اخذ لان
للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار
كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل
هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل
لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في
التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة
لما بينا وعن ابي يوسف رحمة الله انه يرد القيمة ويسترد الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال ومؤجل
فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان
المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما
قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس
فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل
كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح
ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضى لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار
الرؤية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل
القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد رحمة الله عليه لا يجوز رجوعا
الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله
ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد
والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف قال
ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري

منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك
للبايع والتصرف في ملك الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة
له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر
ولا معتبر بكيل البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو
الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لانه يصير المبيع معلوما
ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه
اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل
الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا
فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة
رحمه الله عليه لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض
جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها
بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد البايع في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد
في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان
باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على
اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق
باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا
ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا
او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار
او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشي يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل
لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا
عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على
الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة
لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على
ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق في حال يصح الاعتياض عنه والشي يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه

بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا ومن باع بثمن حال ثم اجله
اجلا معلوما صار موجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك
ابراه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح
لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل
قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار موجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح
لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي
والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزمه التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في
التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا
بخلاف ما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه
ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى له

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن
مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث
المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد
الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى
بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم
معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رحمه الله الطعم في
المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة
عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة
في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية
لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد
يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى
البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما
للفايدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار
الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق

الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه
ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله صلى الله
عليه وسلم جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها
الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا
نقول ـــ اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو
المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب
وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا قال ـــ ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما
فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة
بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم توجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند
الاتلاف وعند الشافعي رحمة الله عليه العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم
وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا
مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر
والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال ـــ واذا عدم الوصفان الجنس
والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة
واذا وجدا حرم التفاضل والنسا لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل
وحرم النسا مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين
وحرمة النسا باحدهما وقال ـــ الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسا
لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد
بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية
اوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في
الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران
يوزن بالامنا وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين
ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه
لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة
فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال ـــ وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم

على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر
والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان
النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات
الناس فيه لانها دلالة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه
ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو
باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا
ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في
الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال ـــ وكل ما ينسب الى الرطل
فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا
بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم
الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال ـــ وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر
قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين
الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال ـــ وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه
التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رحمة الله عليه في بيع الطعام له قوله عليه السلام
في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت
شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة
انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به
ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض
لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ـــ ويجوز بيع البيضة
بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رحمه الله
يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال ـــ ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل
فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم
بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما
واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق

العدد فساد العقد فصار كالجوز بالجوز بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالى بالكالى وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النسا قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابى حنيفة رحمة الله عليه متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذى يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد رحمه الله عليه اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن فى الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابى حنيفة رحمة الله عليه وكذا العنب بالزبيب على ما قالوا وقالا لا يجوز لقوله عليه السلم حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل له نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلم حين اهدى له رطبا اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة وكذلك العنب بالزبيب يعنى على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها وباليابسة او التمر او الزبيب المنقع بمنهما عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة فى اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رحمه الله يعتبره فى الحال وكذا ابو يوسف

رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل فى بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيهما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد عليه العقد وفى الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا فى عين المعقود عليه وفى الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا فى المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر لان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددى متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الدهن والشيرج اكثر مما فى السمسم والزيتون فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لم يجز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا فى القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتى وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعى رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر فى الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابى حنيفة رحمة الله عليه انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة جاز عند ابى يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم فى الخبز جائز فى الصحيح ولا خير فى استقراضه عددا او وزنا عند ابى حنيفة رحمة الله عليه لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز

بهما التعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال
ولا ربا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان
مأذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند
ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما تعلق به حق الغرما فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما
يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي
يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه
المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد
الامان والله المستعان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل
قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى
دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والدار والبيت فاسم الدار ينتظم العلو لانه
اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات
فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار
والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه
بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في
عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار
يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله عليه لانه
مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا
لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم
يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل
لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد
للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة
المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره
فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها
لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقا فانها كاسمها مبينة فيظهر بها
ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك
المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل
يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي
اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا
يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد
للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء
وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن
عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله عليه
انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا
فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان
المشتري شرع في الشرا معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول في الحرية قوله فيجعل
العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر
ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل ضمانا للسلامة كما هو
موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن
ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف
الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا
فاني اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسألة ضرب اشكال
على قول ابي حنيفة رحمه الله عليه لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد
الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام
وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض
لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب
يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا
فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان

قض

تب

يقول دعواي في هذا الباقي وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع
بحسابه لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت
المسألة على أن الصلح من المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ وقال الشافعي رحمه الله لا
ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد
إلا بالقدرة الشرعية ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول
بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار
الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة
الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وأن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف
النافع قال وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما
لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وإذا
أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
السابقة وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في
النكاح لأنه معبر محض هذا إذا كان الثمن دينا فإن كان عرضا معينا إنما تصح الإجازة إذا
كان العرض باقيا أيضا ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا
للفضولي وعليه مثل المبيع إن كان مثليا أو قيمته لأنه شرى من وجه والشرى لا يتوقف
ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه
فلا يجوز بإجازة غيره ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف
رحمه الله عليه أولا وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله
وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع
الشك قال ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع
فالعتق جائز استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد رحمه الله
لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا
يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه



والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي
الضمان ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري
من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان وكذا لا
يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك ثبت موقوفا
بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الإعتاق مرتبا
عليه وينفذ بنفاذه وصار كإعتاق المشتري من الراهن وإعتاق الوارث عبدا من التركة
وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف إعتاق الغاصب نفسه
لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه
ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف المشتري من الغاصب
إذا باع لأن بالإجازة ثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله
وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الأصح
قال فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز البيع فالأرش للمشتري
لأن الملك قد تم له من وقت الشرى فتبين أن القطع حصل على ملكه وهو حجة على محمد
رحمة الله عليه والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت
يده وأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى وكذلك إذا قطعت يد المشتري
في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري بخلاف الإعتاق على ما مر
ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه وفيه شبهة عدم الملك قال
فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرر
الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به بخلاف الإعتاق
عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر قال فإن لم يبعه المشتري فمات في يده
أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات
بالموت وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لأنه
لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لأن
ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن
باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد

رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشرى اقرار منه بصحته والبينة مبتنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وهو قول ابي يوسف رحمه الله عليه آخرا وكان اولا يقول يضمن وهو قول محمد رحمه الله عليه وهي مسألة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانها اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيها ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتفاوت معلوم مضبوط الصفة مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله عليه انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية

ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله عليه لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد ومرة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله عليهما وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقل ما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي لا معيار لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرناه وعن ابي حنيفة رحمه الله عليه انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز

استقراضها وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه
مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة
وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح
والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض
يعاين فيعرف المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قال
ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا
قوله عليه السلم الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل
ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي
قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة
كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز
السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تاخر فيه التسليم
فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا
ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب
الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رحمة الله عليه قال ولا في طعام قرية بعينها
او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلم حيث قال
ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة
لا باس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم
عند ابي حنيفة رحمة الله عليه الا بسبع شرايط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم
كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا
بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما روينا والفقه ما بينا ومعرفة
مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية
المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا
ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود
يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل
في المجلس فلو لم يعرف قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد

يعلم

راس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس
المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين
ولم يبين راس مال كل واحد او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان
مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه فيه مكان اخر فيصير نظير
اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان التسليم
غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى
المنازعة لان قيم الاشيا تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن
هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه
لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها
اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن
والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الايمة السرخسي رحمة الله عليه وعندهما
يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا
يحتاج فيه الى مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال
رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان
شا وهو الاصح لان الاماكن كلها سوا ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه
لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه
مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال
قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام
والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من
تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان
فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم
وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط
خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجملة
الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء

والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة
نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع
صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان
الدين لا يتعين في البيع الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا
قال ـــــــ ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول
فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع
قبل القبض لا يجوز قال ـــــــ ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه
فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلم
لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه
وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث فلا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال
مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف
زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال ـــــــ ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم
اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله
له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم
وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل
عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشرا وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر
بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظها فكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما فلا
تجتمع الصفقتان قال ـــــــ ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر
رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر
لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك فيها فصار كما نفسه صح
لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة
والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى
انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشرا للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره
ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشرا من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا

ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشرا في الصحيح لانه نايب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري
ولو امره في الشرا ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها
فلا تصير الغرائر في يده وكذا ما يقع فيه ~~نحد اما نقع فيه~~ وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية
من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يد البائع فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر
للمشتري ان بدا بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير
قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده
نصف دينار وان بدا بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه
قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رحمة الله عليه فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به
من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شا نقض البيع وان شا شركه
في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ـــــــ ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها
المسلم اليه ثم تقايلا ثم ماتت في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية
جاز لان صحة الاقالة يعتمد بقا العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما
هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقايه واذا جاز ابتدا اولى ان يبقى انتهاء لان البقا اسهل واذا
انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى
جارية بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة وان تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة
لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتدا ولا
تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد
العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال ـــــــ ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال
المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم
متعنت في انكار الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون
القول لرب السلم عند ابي حنيفة رحمة الله عليه لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما
القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شا الله تعالى ولو قال المسلم اليه
لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في
انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد
راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون

القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة
عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لكون المضارب متعنتا
في انكاره حالة وهو زيادة عشرة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال
المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال ايضا لانه ينكر استحقاق زيادة
الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا
على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر
الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق في الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه
تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول
لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا
وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه
ايضا لانه مقصود فيه فلا بد من البيان ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها تتفاوت
تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا باس بالسلم
في الاجر واللبن اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن قال
وكلما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط
صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى
المنازعة ولا باس بالسلم في طست او قمقم او خفين ونحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم
وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال فان استصنع شيئا من ذلك من غير
اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا
لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا
لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه الصانع قبل
ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه
لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله
ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا
بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل

انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه
تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق
لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل
فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم
وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم
وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير
منتفع به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلم ثمن الكلب خبيث
ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه دا
فكان منتفيا ولنا انه نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا
فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء
قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع ولا يجوز بيع الخمر
والخنزير لقوله عليه السلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في
حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه الصلوة والسلم
في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون
كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم
على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم
وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره
بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز
ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالالف ولا
شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي
رحمهما الله لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا
او رابحا ثم لا يستفيد المشتري بها بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطه قد
على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح
واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها فوطئها

الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطي
الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير
قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على
المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة
على انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه
يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد
واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا
تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فهو كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم
يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري
لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا وان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان
يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله
لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه
فلا يقبضه صح
وهو اجنبي عن نصيب صاحبه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء
جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن
واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن
من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه
اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله
لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن
سبعة لانه اضاف الالف فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على
اليهما صح
آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة
ومحمد رحمة الله عليهما وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه
في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة
بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال
جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا

اذا صح
بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن
اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان
كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم
بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك وصار كنصب شبكة للجفاف وكذا
اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان
مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه
كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء والله اعلم

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة
الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة
اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة هكذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة
صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا
في الجودة والصياغة لقوله عليه السلم الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد
والفضل ربوا الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال
ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك
ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من
قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء
كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما
روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا
للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا معا في جهة واحدة
او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب
معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض
وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه
وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل
العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما

لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى
الجواز لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة
دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد
حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله
لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع
لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع
المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع
الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا
بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف
مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا
فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس والظاهر منه الاتيان بالواجب
وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى
بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان
لم يبين ذلك لما ذكرنا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما
الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما وقال عليه السلم لمالك
حويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا
حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه
لا يمكنه تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير
ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية
هذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز
البيع للربوا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال ومن باع اناء فضة
ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما
لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه صح ثم يبطل بالافتراق
فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة عيب

في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره
التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة
وكري شعير لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته
الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى
قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكما اذا
اذا اشترى عبدا ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد اخر بالف وخمسمائة لا يجوز في بالف صح
المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره
وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم
وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان
المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه
وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار
هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف
مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية
غير متعين لانه يمكنه صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر
وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء
وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع
وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر
انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة
بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء اخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة
وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها
عوض ومن كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم
ودفع الدينار اليه وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة
ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة
ولا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى

الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف ومتى الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد
على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف وخمسمائة
وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا
فكذلك في اصح الروايتين يقع المقاصة لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت
تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ـــــ ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين
ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال وياخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما
عرف من سقوط اعتبار الجودة قال ـــــ واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم
واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب فيعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في
الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعضها الا متساويا في الوزن وكذا لا
يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا
مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فالتحق القليل بالرداءة والجيد بالرديء سواء
فان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى
بها فضة خالصة فهي على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا
جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط
القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر
لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال ـــــ رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في
العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت
تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت
تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيها اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج
تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين فاذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان يتقبلها
البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم
بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة
ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع بها عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
رحمة الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها اخر ما تعامل الناس بها لهما ان
العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع

فاذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند ابي يوسف رحمة الله عليه عند البيع لانه مضمون به
وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رحمة الله عليه
ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا
بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ـــــ
ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين لانها اثمان
بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها فاذا باع
بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو نظير
الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا ثم كسدت عند ابي حنيفة رحمة الله عليه
عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين ومعنى الثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به
وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض
مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله
يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله
انظر وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر قال ـــــ ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس
جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس
جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا
بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ـــــ ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس
معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس
فكذا عند ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا الوزن
وعند محمد رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة
بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي
يوسف رحمه الله اصح سيما في ديارنا قال ـــــ ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني
بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع
نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة
رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ
الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز

الدانق سدس درهم والقيراط نصف

لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا
حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة
وقيل في الدين والاول اصح والدين في ذمة الاصيل او في نفس الدين فتثبت دين آخر في ذمة
الكفيل ويكتفى باستيفاء احدهما قال والكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا
يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال
لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلم الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية
الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه
او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم
في المطالبة فيه وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه
وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في
الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى
فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر
بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم صح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح
بموجبه او قال علي لانه صيغة التزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام وقال عليه
السلم من ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد
روينا الحديث فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن
لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به
في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه
الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو
غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق
امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان
يخاصمه مثل ان يكون في مصر بري الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به

وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي
فسلمه في السوق بري لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة
على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر
على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه
ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله عليه للقدرة
على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه قلنا ولعل فيما سلمه فيه
فتعارضا الموهومان ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه
قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره
ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل
لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل
بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام
الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بري فدفعه
اليه فهو بري لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب
التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة
فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه قال
وان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه من المال وهو
الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة
وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب
المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله
لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه
البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح
ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل
بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق
الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل
بنفسه رجل آخر على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة

عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل
به ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت اليه في دعواه لانه علق مالا مطلقا خطرا الا
ترى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بيّنها ولانه لم يصح
الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا يصح الكفالة بالنفس فلا يصح
الكفالة بالمال لانه بنا عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى
ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين
التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية
قال ـــــــ ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة
رحمة الله عليه معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد
وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله
عليه قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب
فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم
النفس فيها واجب فيطالبه به الكفيل فيتحقق الضم قال ـــــــ ولا يحبس فيها حتى يشهد
شاهدان مستوران وشاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة هاهنا والتهمة تثبت
باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال
لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا
يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال ـــــــ
والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب
العقد عليه فيهما قال ـــــــ ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب واخذ منه كفيلا
اخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية
يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا
اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك
في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع
وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرطان

يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله تعالى
قال ـــــــ والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة في المطالبة
ضم الذمة الى الذمة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا اشترط فيه البراءة فحينئذ تنعقد
حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان
يطالب الاخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين
لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا
تتضمن التمليك فوضح الفرق قال ـــــــ ويجوز تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول
ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى
ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه
يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان
الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل ان يقول اذا
غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله
ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا
لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق قال ـــــــ فان قال تكفلت
بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما
عليه فيصح الضمان به واذا لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به
لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار
على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال ـــــــ وتجوز
الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في
حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به
فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه
لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه
ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه
بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب شيء حتى يملك الدين
بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما

اذا ابرا الكفيل قال ـــــ وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يودى
عنه لانه لا يملكه قبل الادا بخلاف الوكيل بالشرا حيث يرجع قبل الادا لانه انعقد
بينهما مبادلة حكمية قال ـــــ فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه
حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله وكذا
على هذا الحواله اذا لم يكن في المحتال عليه دين للمحيل واذا ابرا الطالب المكفول عنه او استوفى
منه برئ الكفيل لان براة الاصيل يوجب براة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرا الكفيل
لم يبرا الاصيل لان عليه المطالبه وبقا الدين في الاصيل بدونه جايز وكذا اذا اخر الطالب
عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان
التاخير ابرا موقت فيعتبر بالابرا المويد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال موجلا الى شهر فانه يتاجل
عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هاهنا فقد ثبت
المطالبه فدخل فيه فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برى الكفيل والذى
عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي في الاصيل فبرى عن خمسمائة وبراته
توجب براة الكفيل ثم برا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت
الكفاله بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس اخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو
كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرا الاصيل لان هذا ابرا الكفيل عن المطالبه قال ـــــ
ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له
بامره لان البراة التي ابتداوها من المطلوب وانتهاوها من الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع
وان قال ابراتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط
فلم يكن اقرارا بالايفا ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراة بالادا
فيثبت الادنى ولا يرجع الكفيل بالشك وقال ـــــ ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه
اقر ببراة ابتداوها من المطلوب واليه الايفا دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان
الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ـــــ ولا يجوز تعليق البراة من
الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في ساير البراات ويروى انه يصح لان عليه المطالبه
دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد
وكل حق لا يمكن استيفاوه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من

عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبه لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري
بالثمن جاز لانه دين كساير الديون وان تكفل عن البايع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن
والكفالة بالاعيان المضمونه وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان
المضمونه بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشرا والمغصوب لا بما كان
مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما يكون امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال
المضاربه والشركه ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن
او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها
لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه ان يحمله على
دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما
بينا قال ـــــ ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي
حنيفه ومحمد رحمة الله عليهما وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في
بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد
به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان
فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبه منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما
وراء المجلس قال ـــــ الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من
الدين فكفل به مع غيبة الغرما لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا
قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قايم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع
الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به
التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي
اختلف المشايخ فيه قال ـــــ واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيا فتكفل رجل عنه
للغرما لم يصح عند ابي حنيفه رحمة الله عليه وقالا يصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب
ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الاخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به
كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب
لكنه في الحكم مال لانه يوول اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفا
فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضا الى

الاداء باقٍ قال ـــــ ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيها صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوة ماله ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده فان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الادا فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال ـــــ واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجبر عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله عليه في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليهما هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضا الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به او لانه رضي به على اعتبار قضا الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال ـــــ ومن كفل عن رجل بالف بامر الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرا للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالمشترى للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ـــــ ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه

او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او ما يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما تختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع الكفيل بما ادى الى الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ـــــ ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هو باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك ومرة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

قال ـــــ ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعه صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما

ويقبض اذا تقدم حصته وان قبل الكل فال ـــــ ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه
وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا
يؤدى بعد موته من تركته الا بوصيته واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككرى
النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها
جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه
اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي رحمه الله واما القسمة فقد قيل
هي النوائب او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد
بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر
فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال
المقر له حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه
وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد
المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول
من انكر الشرط كما في الخيار واما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان
مؤجلا على الاصيل والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمة الله عليه فيما
يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك
فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر
الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف
القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف انه
يبطل البيع بمجرد الاستحقاق فعلى قياسه يرجع وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل
ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على
الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك
وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فيتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق
عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمة الله عليه لانه عبارة عن تخليص المبيع
وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل
كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على
النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا
معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة
ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو
وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي
الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه
احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون
كفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر
وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال
عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا يترجح البعض على
البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته
الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل
لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه
لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال ـــــ واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر
بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل
بكله على ما بيناه ولهذا ياخذه به واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان
ياخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة
ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة
الرجلين قال ـــــ واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه فكل شيء اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز
استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون
عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى
واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لم
يتحقق المساواة قال ـــــ ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق

ما أداه فيه ملكه ويبرأ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وقد سقط ويبقى النصف على الاخر لان المال على الحقيقة مقابل برقبتيهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف وللمولى ان ياخذ بحصته التي لم يعتق ايهما شا المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشي لانه ادى عن نفسه والله اعلم

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غايب او عن مفلس بخلاف الدين الموجل لانه متاخر بموخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا فكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمة الله عليه يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد تصح بكل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجاز ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولهذا لو عجز نفسه سقط ولانه لا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمة الله عليه لانه كالمكاتب عنده والله اعلم



كتاب الحوالة

وهي جايزة بالديون قال عليه السلم من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة وانما اختص بالديون لانها تنبي عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل به والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحواله تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به المحيل بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحواله برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرا اعتبارا بالكفاله والجامع ان كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحواله للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفاله فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ومعنى التوثق فيه باختيار الاملى والاحسن في القضا وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توي لان البراة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحواله لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله عليه احد امرين اما ان يجحد الحواله ويحلف ولا بينة عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا بنا على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غاد ورايح قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحواله فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضا دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر والحواله لا تكون اقرارا بالدين منه لانها قد تكون بدونه واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحواله مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه

آخر فهو جايز لانه اقدر على القضا فان هلكت برى لتقييدها بها فانه ما التزم الا دا
الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات
وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيد في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال
عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كانت اسوة للغرما بعد موت المحيل وهذا
لانه لو بقي له مطالبته فاخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا
تعلق له به بل بذمته ولا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ـــــــ وتكره
السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا ٥

كتاب ـــــــ ادب القاضي

قال ـــــــ ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من
اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضا يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من
باب الولاية فكل من يكون اهلا للشهادة يكون اهلا للقضا وما يشترط لاهلية الشهادة
يشترط لاهلية القضا والفاسق اهل للقضا حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد
كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان
عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه
مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته
عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد
الفاسق ابتدا يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
بتقليده دونها وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصح
لانه يجتهد كل الجهد حذار النسبة الى الخطا واما الثاني فالصحيح ان الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد اهليته صح
الجاهل صحيح عندنا خلافا للشافعي هو يقول ان الامر بالقضا يستدعي القدرة عليه ولا قدرة
دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضا يحصل به وهو ايصال الحق الى
مستحقه وروي انه عليه السلم قلد عليا قضا اليمن قبل ان يبلغ حد الاجتهاد وينبغي للمقلد
ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه
فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله

ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث
كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان
من الاحكام ما يبتني عليها قال ـــــــ ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق من نفسه ان
يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية
لكونه امرا بالمعروف قال ـــــــ ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه
الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلم من
جعل على القضا فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل
والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان
هو الاهل للقضا دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء العالم
عن الفساد قال ـــــــ وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم
من طلب القضا وكل الى نفسه ومن اكره عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد
على نفسه فيحرم ومن اكره عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز
من العادل لان الصحابة تقلدوه من معوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعون
تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضا بحق لان المقصود لا يحصل
بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ـــــــ ومن قلد القضا يسلم اليه ديوان القاضي
الذي كان قبله وهي الخرايط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة
عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضا ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا
كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان
من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول
او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا
السؤال لكشف الحال لا للالزام قال ـــــــ وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا
فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة
لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم
يقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا
فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما يقوم

به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان
يعترف الذي في يديه ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله لانه ثبت باقراره ان اليد كانت
للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر
بتسليم القاضي اليه والقاضي يقول لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي
باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا
في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال
الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضا لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي
ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلم انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم
وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه والخلفا الراشدون كانوا يجلسون
في المساجد لفصل الخصومات ولان القضا عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة
المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى
باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره
لا باس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده
تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضا بمهاداته
ان يهدي له قبل القضا لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضا بل جرى على العادة وفيما ورا
ذلك يصير اكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي
على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضا فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان يكون عامة
لان الخاصة لاجل القضا بخلاف العامة ويدخل في هذا الاطلاق قريبه وهو قولهما
وعن محمد رحمه الله انه يجيب وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف
ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان
ذلك من حقوق المسلم على المسلم قال عليه السلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها
هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه الاخر لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة
قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلم اذا ابتلي
احدكم بالقضا فليسو بينهم في الجلوس والاشارة والنظر قال ولا يسار احدهما
ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة قلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في

وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضا
قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه
اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة
لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احيا للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل ٥

فصل في الحبس قال واذا ثبت الحق عند
القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزا
الجناية وهي المماطلة ولا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه
مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع من ذلك
حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال
فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر
والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل
يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال
ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم
يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان
القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال
وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق
والمسئلتان تؤيدان القولين الاخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق
بل هو صلة حتى يسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان
الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول
قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسال عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة
ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير
ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى راي
القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله
يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت
البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ

رحمهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة
وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى قال وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه
يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر
عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده
قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده
لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحدود والقصاص قال الا
اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين
فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا
بغير خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو
الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله وجوازه
لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على
الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة
المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى
الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف بالتحديد فيه ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة
الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه
دونها وعنه رحمه الله انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في
جميع ما ينقل وعليه المتأخرون رحمهم الله قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة
رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا
بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى
المزكي ورسوله الى القاضي لانه لا الزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب
عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا
يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما ان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم
شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب اخر غير مختوم ليكون معهم معاونة

على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم
ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما
ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمة الله عليه قول ابي
يوسف رحمه الله قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه
بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم
قال واذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان
القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما
فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا
انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفض والصحيح انه
يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة
الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على
القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من
الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض اخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه
الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار
تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا
رحمهم الله تعالى لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا
يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة
على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما والله اعلم

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها
وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء
دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف
الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني
بحضرة الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو
الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله واذا رفع
الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي

الجامع الصغير ومما اختلف فيه الفقها فقضى به قاض ثم جا قاض آخر يرى غير ذلك امضاه
والاصل ان القضا متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد
الاول وقد ترجح الاجتهاد الاول باتصال القضا فلا ينقض بما هو دونه فلو قضى في المجتهد فيه
مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفه رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان
ووجه النفاذ انه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطا عنده
وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنه المشهوره منها وفيما
اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفه البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في
الصدر الاول قال ـــــ وكل شي قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك
عند ابي حنيفه وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهي مسئله
قضا القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح قال ـــــ
ولا يقضي القاضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود
الحجه وهي البينه فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهاده لقطع المنازعه ولا منازعه دون الانكار
ولم يوجد لانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضا لان احكامهما تختلف
ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضا وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله
ومن يقوم مقامه قد يكون نايبه او نايبا بانابه الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما
بان كان ما يدعى على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صوره من الكتب
اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغايب وقد عرف تمامه في الجامع
قال ـــــ ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم
لبقا الاموال محفوظه مضمونه والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابه ليحفظه وان اقرض
الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزله الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن
الاستخراج والله اعلم

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولايه على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ
حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفه الحاكم لانه بمنزله القاضي فيما بينهما فيشترط اهليه
القضا ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام
اهليه القضا اعتبارا باهليه الشهاده والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد

المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور
حكمه عن ولايه عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فايده في نقضه
ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز
التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولايه لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحه قالوا وتخصيص الحدود
والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات وهو الصحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج
الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكما في دم خطا فقضى بالديه على العاقله لم ينفذ حكمه
لانه لا ولايه له عليهم لعدم التحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالديه فرفع الى القاضي رده
ويقضي بالديه على العاقله لانه مخالف لرايه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقله
لا تعقله ويجوز ان يسمع البينه ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر
باقرار احد الخصمين او بعداله الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولايه قايمه وان اخبر
بالحكم لا يقبل لانقضا الولايه وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والحكم فيه سوا لانه
لا تقبل شهادته لهولا لمكان التهمه فكذلك لا يصح القضا لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل
شهادته عليهم لانتفا التهمه فكذا القضا ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى
الراي

مسايل شتى من كتاب القضا

واذا كان علو لرجل
وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب كوه عند ابي حنيفه رحمه الله عليه
معناه بغير رضى صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب
العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفه رحمه الله عليه فلا خلاف وقيل
الاصل عندهما الاباحه لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمه بعارض الضرر
فان اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق
المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر
بالعلو من توهين بنا او نقضه فيمنع عنه قال ـــــ واذا كانت زايغه مستطيله
تتشعب منها زايغه مستطيله وهي غير نافذه فليس لاهل الزايغه الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغه
القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما
يبيع فيها حق الشفعه بخلاف النافذه لان المرور فيها حق العامه قيل المنع من المرور لا من فتح الباب
ولانه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب قال ـــــ واذا كانت مستديره قد لزق طرفاها

فلهم ان يفتحوا الا ان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يستحق كونه في الشفعة
اذا بيعت دار منها قال ـــــ ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه
منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله والمدعى به وان كان
مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف
قال ـــ ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها
واقام البينة على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو
يدعي الشرا بعد الهبة وهم يشهدون به قبله ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق ولو كان
ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشرا قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا ذكره في
بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عنده ودعوى الشرا رجوع منه فعد
مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشرا بعد الهبة لانه تقرر ملكه عنده ومن قال لآخر
اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه ان يطاها لان المشتري لما
جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم
الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما
يضاهيه ولانه لما تعذر استيفا الثمن من المشتري فات رضا البايع فيستبد بفسخه ومن اقر انه
قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ فقضى وهو عبارة عن
القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في السلم والصرف
جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه
او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة
لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال
والنبهرج ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال
ليس لي عليك شي ثم قال في مكانه بلى لي عليك الف درهم فليس له عليه شي لان اقراره هو
الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما
اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد
والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا قال ـــ
ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شي قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على

القضا قبلت بينته وكذلك على الابرا وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضا يتلو الوجوب
وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرا منه الا
ترى انه يقال قضى بباطل وقد صالح على شي فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي شي
قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شي قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضا
وكذا على الابرا لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطا وقضا واقتضا ومعاملة بدون
المعرفة وذكر القدوري رحمه الله عليه انه يقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب
على بابه فيامر بعض وكلايه بارضايه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك ومن ادعى على آخر انه باعه
جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام المشتري البينة فوجد بها اصبعا زايدة
فاقام البايع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البايع وعن ابي يوسف
رحمه الله انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراة تغيير العقد من اقتضا
وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه
قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ـــــ ذكر حق كتب في اسفله ومن قام
بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شا الله او كتب في شرا فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شا
الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وقالا ان شا الله هو على الخلاص
وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثنا ينصرف الى ما يليه
لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشي واحد
بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامراته طالق
وعليه المشي الى بيت الله ان شا الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل
السكوت والله اعلم

فصل في القضا بالمواريث

واذا مات النصراني فجات امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقال الورثة اسلمت
قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله عليه القول قولها لان الاسلام حادث
فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى
تحكيما للحال كما في جريان الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره نعتبره للاستحقاق
ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجات مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته
وقالت الورثة فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة

البه اما الورثه هم الدافعون وتشهد لهم ظاهر الحدوث ايضًا قال ومن مات وله
في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره
فانه يدفع اليه المال لانه اقر بان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث
وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يومر
بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك
بعد موته وبخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون
اقرارا على نفسه فيومر بالدفع اليه ولو قال المودع لاخر هذا ايضا ابنه وقال الاول
ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا
اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح
اقراره وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح قال واذا قسم الميراث بين الغرما فانه
لا يوخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شي احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله عليه وقالا ياخذ الكفيل والمسله فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة و
لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة
وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الابق واللقطة
الى صاحبه واعطى امراة الغايب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت
قطعا او ظاهرا فلا يوخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشرا ممن في يده
او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل
لاحد الغرما بخلاف النفقه لان حق الزوج ثابت وهو معلوم اما الابق واللقطة فيه
روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة واقرار العبد يكفل بالاجماع
ولان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا
يكشف عن مذهبه رحمة الله عليه ان المجتهد يخطي ويصيب لا كما ظنه البعض قال
واذا كانت الدار في يد رجل فاقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان
الغايب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هو في يديه ولا يستوثق منه
بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله عليه وقالا ان كان الذي هو في يديه جاحدا اخذ
منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خاين فلا يترك المال في

يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضا للميت مقصود او احتمال كونه مختار الميت
ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضا القاضي والظاهر عدم الجحود
في المستقبل لصيرورة الحادثه معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد
قيل يوخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار
لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب دون العقار
وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا
وقول ابي حنيفة رحمة الله عليه فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يوخذ الكفيل
لانه انشا خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشايها واذا حضر الغايب لا يحتاج
الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضا لان احد الورثه ينتصب خصما عن الباقين فيما
يستحق للميت وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقه
وواحد من الورثه يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفا لنفسه لانه عامل فيه لنفسه
فلا يصلح نايبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت
الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثه اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه
لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضا على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقه
فهو على ما فيه الزكوة واذا اوصى بثلث ماله فهو على كل شي والقياس انه يلزمه التصدق
بالكل وبه قال زفر رحمة الله عليه لعموم اسم المال كما في الوصيه ووجه الاستحسان
ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله سبحانه وتعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الله فيه الصدقة
من المال اما الوصيه اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان
الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصيه تقع في حال الاستغناء
فتنصرف الى الكل فيدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله عليه لانها سبب الصدقة
اذ جهة الصدقة راجحة عنده وعند محمد رحمه الله عليه لا تدخل لانها سبب المونه اذ جهة المونة راجحة عنده ولا
تدخل فيه ارض الخراج بالاجماع لانها تمحض مونه ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد
قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة
المال ولا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سوا لان الملتزم باللفظين الفاضل
عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا

اصاب شيئا تصدق وبما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال الناس
وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضيعة لسنة على حسب التفاوت
في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال
ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل
حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد
الموت فيعتبر بالانابة قبله وهو الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصية خلافة لاضافتها
الى زمان بطلان الانابة فلا تتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية
المنوب عنه فتتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوته النظر لقدرة الموكل
وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام
امر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله عليه وقالا هو والاول سواء لانها من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر
ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول
وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر
المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر قال واذا باع القاضي او
امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لا يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي
والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق
ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان
العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات
قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نائب عن الميت وان كان باقامة
القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم
وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه
في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا
له والله اعلم ۝

فصل آخر

واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او
بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال
لا ياخذ بقوله حتى يعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطا والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية
لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي للحاجة اليه
وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة
وفي تصديقه طاعته وقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل لانعدام تهمة
الخطا والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا
فاسقا او عالما لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة قال واذا عزل
القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها فقال الرجل اخذتها ظلما
فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت
يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل
ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت
فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع والاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن
ايضا لان فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده
والماخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا وهو الصحيح
لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا
مجنون والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي
يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في
ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان
المال في يد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في
انه فعل ذلك في قضائه يوخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه
الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله اعلم ۝

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي
لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه
اثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة
يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحدود والتوقي عن الهتك
والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام

في الحدود

من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم
وأصحابه رضوان الله عليهم أجمعين دلالة ظاهرة على أفضلية الستر إلا أنه يجب أن يشهد بالمال
في السرقة فيقول أخذ إحياءً لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظةً على الستر ولأنه لو ظهرت
السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه قال والشهادة على
مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة
من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولا تقبل فيها
شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها
مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص
تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة
النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل
وامرأتين سواء كان الحق مالاً أو غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك
وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها
لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح
للإمارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها قبلت في
الأموال ضرورة والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر
وجوداً ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة
والضبط والأداء إذ بالأول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي
ولهذا تقبل إخبارها في الأخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها
فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وعدم قبول الأربع
على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة
والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه والجمع المحلى بالألف واللام يراد به
الجنس فيتناول الأقل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع ولأنه إنما
سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس أخف وكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المثنى والثلاث

أحوط لما فيه من معنى الإلزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق وأما حكم البكارة فإن شهدن
أنها بكر يؤجل في العنين وبعده يفرق بعده لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل وكذا في رد المبيع
إذا اشتراها بشرط البكارة وإن قلن إنها ثيب يحلف البائع ليضم نكوله إلى قولهن والعيب يثبت
بقولهن فيحلف البائع وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمة الله
عليه في حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة لأنه من أمور الدين
وعندهما تقبل في حق الإرث أيضاً لأنه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة
فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة
الشهادة فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل منه شهادته
أما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي
عدل ولأن العدالة هي المعينة للصدق لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن
أبي يوسف رحمة الله عليه أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة تقبل شهادته
لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والأول أصح إلا أن القاضي لو قضى
بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت
باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ولأن فيها زيادة توكيد فإن قوله أشهد من ألفاظ
اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله في ذلك كله إشارة إلى
جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها
هو الصحيح لأنه شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيها الحرية — الحاكم م
والإسلام قال أبو حنيفة رحمة الله عليه يقتصر على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل
حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً
في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه
وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه
يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دارئة وإن طعن الخصم فيهم
سأل عنهم لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلباً للترجيح وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد
أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لأن القضاء مبني على الحجة وهي شهادة
العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر

وزمانٍ والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل
فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد
وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية
وحدها في الزمان الاول ووقع الاكتفا بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة وروي عن محمد رحمه
الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة
لان العبد قد يعدل وقد يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح وفي قول
من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز تزكيته لكن عند محمد انه يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد
عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره
مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسألة اذا قال هم عدول لا انهم اخطأوا
او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال ______ واذا كان
رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول
القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضا تبتني
على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة
في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة
ومجلس القضا واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة
في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد
بالاجماع على ما قال الخصاف رحمه الله لاختصاصه بمجلس القضا قالوا يشترط الاربعة في تزكية
شهود الزنا عند محمد رحمه الله **فصل** في ما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت
الحكم بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد
او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن
في اطلاق الادا قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلم اذا علمت مثل
الشمس فاشهد والا فدع قال ______ ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه يكذب
ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه

النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت
حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته
الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضا
فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع
للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ______ ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه
ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلا يحصل العلم قيل هذا على قول ابي
حنيفة رحمه الله عليه وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما
اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه
من الزيادة والنقصان فيحصل العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا
اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت
قال ______ ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول
وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا
يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان
ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون
فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه
كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب
ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار
واحد او واحدة لانه قل ما يشاهد غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط
العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه
يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا فسر لا
تقبل كذا هنا ولو رأى انسانا جلس في مجلس القضا يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه
قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط
الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة
حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشيا ينفي اعتبار التسامع في الولاء

والوقف وعن ابي يوسف رحمه الله آخراً انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على ممر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا التصرف ايضا يتنوع الى انابة واصالة ثم ان عاين الملك والمالك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل اما العبد والامة اذا كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانهما لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمة الله عليه انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله عليه انه تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة

ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسوق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمة الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون وهو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في القذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده رد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رحمه الله والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد بالاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رحمة الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى لعبده لانها شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم

في مال بعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه
فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال
ولا نائحة ولا مغنية لانهما ارتكبتا محرما فانه عليه السلم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية
قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه قال ولا من
يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات الناس بصعوده سطحه ليطير
طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس
لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من ياتي بابا من الكبائر التي تتعلق بها
الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير ميزر لان كشف العورة حرام
قال ولا من ياكل الربوا والمقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر
وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بها فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من
الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به
لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال
ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق واذا كان لا يستحيي
عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه
بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهوا الا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا
تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه
فيمتنع عن الكذب وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك
بخلاف الفسق من حيث التعاطي واما الخطابية فهم غلاة الروافض يعتقدون الشهادة
لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم
قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على البعض وان اختلفت مللهم وقال باب البعض
مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانهم فاسقون قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون
فيجب التوقف في خبرهم ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وصار كالمرتد ولنا ما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على انه صح
نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد
غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد

لانه لا ولاية له على نفسه وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه
لانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر ان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على
التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي لانه لا ولاية له عليه لان
الذمي من اهل دارنا وهو اعلى منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى
الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من
اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بينهما
بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت الحسنات
اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح
في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا
فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة ولا ترد الشهادة المشروعة
لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احيا للحقوق قال
وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق
بهذا الصنيع عدلا قال وتقبل شهادة الخصي فان عمر رضي الله عنه قبل
شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطع يده قال وولد الزنا
لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل في
الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام
في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين
مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد به عمال السلطان عند عامة
المشايخ رحمة الله عليهم لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل
اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف
رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على
الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي
فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد
الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى
هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه ووجه الاستحسان

ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة
مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شي فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا
يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا
ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين
للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت
الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغايب وكله بقبض دينه بالكوفة فان ادعى
الوكيل وانكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب ولو ثبت
انما تثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ـــ ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة
فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب دون الاشاعة فانها حرام
وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي
بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ـــ ولو اقام رجل اي المدعا عليه
البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار ان كان
امرا زايدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام المدعا عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود
بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه
خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه لانه تعلق به تمام الحد وهو رد الشهادة وكذا لو اقامها
على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل
وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود
في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ـــ ومن شهد ولم يبرح
قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات
بنسيان ما كان يحق عليه ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلي بمثله
لمهابة مجلس القضا فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل
بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس
وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار كلام
واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب

وهذا اذا كان موضع شبهة اما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة
الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف
رحمة الله عليهما انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب اختلاف الشهادة

قال ـــ الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى
في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال
ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمة الله عليه فان شهد احدهما بالف
والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين
وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا
على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما
وصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمة الله عليه انهما اختلفا لفظا وذلك
يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما
جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال
قال ـــ وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة
قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة
جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير
الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة
باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت عن دعوى الالف لان التكذيب
ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابراته
عنها قبلت لتوفيقه قال ـــ واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة
قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد
معه اخر وعن ابي يوسف رحمة الله عليه انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضا مضمون شهادته ان لا
دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال ـــ وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف
حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل

بالف درهم قرض فشهد احدهما انه قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما
بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعي
اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع
القبول قال ـــــــ واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر
بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احداهما كاذبة وليست احداهما باولى من الاخرى
فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا
تنتقض بالثانية قال ـــــــ واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال
احدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله عليه وقالا لا يقطع في
الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض
وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على
كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة
وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد
من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على
قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا
يشتبه قال ـــــــ ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشترى بالف
وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف
الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه
وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا
وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو
المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود هو اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على
مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو العبد والمراة والقاتل لان المقصود اثبات العقد
والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا
من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين
وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى
وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع

وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال ـــــــ واما النكاح فانه
يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي
ان قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمة الله عليهما لهما ان هذا اختلاف في العقد لان
المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان المال في النكاح
تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع
الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في
الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج
اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في
الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه ۞

فصل في الشهادة على الارث

قال ـــــــ ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه
ياخذها ولا يكلف البينة ان اباه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا
يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ـــــــ ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة
بالملك للمورث شهادة للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه
الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير ولا بد من النقل
الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على
قيام يده على ما نذكره ان شاء الله وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير
والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان
مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان
والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه عند الموت وان قالوا لرجل
حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رحمة الله عليه انها تقبل لان
اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا
بالاخذ عن المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية
وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم
غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين

وبيد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت
الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في
يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هاهنا الاقرار وهو معلوم والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة
اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة
ادى الى اتواء الحقوق ولهذا اجوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة
من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود
فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين
وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قاما مقام
شاهد واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة
رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل
شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق
فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع
اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان
الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي
لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له
الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا
اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من
شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور
اوساطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على
شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمة الله عليه لان القضاء عنده
على شهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لا بد من
نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل
شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا



مرضا شديدا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز
الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر
بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه
الله انه ان كان في مكان لو غدا الى اداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد
احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمة الله عليه
قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد
شاهدان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته
لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت
شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم
وهذا عند ابي يوسف رحمة الله عليه وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة
فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رحمة الله ان الماخوذ عليهم النقل
دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم
وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع
لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على
شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاءا بامرأة وقالا لا
ندري هي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة
قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير
هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين
يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة
في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى
الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال
ولو قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان
التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة
وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة

والمصر عامة ثم التعزير وان كان يتم بذكر الحد عند ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما خلافا
لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الحد يقوم مقام الحد لانه اسم الحد
الا على فينزل منزلة الحد الادنى فصل قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره
في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما
ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه
كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا رضي الله عنه
كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة
في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث
عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير
منقول عن شريح رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير
سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا اخذنا شاهد
زور فاحذروه وحذروا الناس وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا
والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناها في الحدود
وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان
شاهد الزور في حق ما ذكرناه من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات
ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي
لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود
عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم
بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء
به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة
الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة
الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القضاء اي قاض كان
ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح

الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا
لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه
المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال
للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كما في حافر البئر وقد تسببا
للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود
المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء
وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر
التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا
مماثلة بين اخذ العين والزام الدين قال فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل
ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان
شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان
الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع اخر ضمن
الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة
ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة
الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من
يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل
والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى
النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما على الرجل النصف وعلى
النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام
رجل ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام في نقصان عقلهن
عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا
وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان
وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض
الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار
مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة

عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة وانما يضمن ويتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا ان شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض

قال وان شهدوا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فاضيف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما وان كان بعد الدخول لم يضمنا

قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه بغير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لوجود القتل تسببا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسببا لان التسبيب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف

قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة رحمة الله عليه وابي يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان

القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود له بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض

قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول والله اعلم

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون سبيله دفعا للحاجة وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة

قال وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا رضي الله عنه وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها واستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي وهو الجنس بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء

اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الوكالة
باثبات الحدود والقصاص وباقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي
يوسف رحمهم الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل
الى الموكل حال حضرته له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في
الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض
لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق
وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة
لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر وقال
ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا
او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل من غير رضى الخصم وهو قول الشافعي
رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص
حقه فلا يتوقف على رضى غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم
ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على
رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب
غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق
الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال
رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال
رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون
الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون
المتصرف مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه
يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او
مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك
للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا
محجورا عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى
انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق

المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته
والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمه الله ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع
ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد
فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء
على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون
الموكل وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم
وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان
الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما
لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول
واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع
ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان
كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد
يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان
شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل
المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل
ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل
عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان
سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح
الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة
والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا
للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان
التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال
واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان
الحقوق الى العاقد فلو دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبو

حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الوكيل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما يقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

ومن وكل رجلا بشراء شي فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رايت لانه فوض الامر الى رايه فاي شي يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا فلا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع يقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والهندي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لاخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكسا ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار يشمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشرى ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز وان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسولين لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فان لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان المبيع عند محمد رحمه الله

وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق ولهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رحمه الله انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمهما الله ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف رحمه الله انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب ثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الامر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه وان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم

مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للامر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه فهو يريد الرجوع بالثمن على الامر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يدعي الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعن ابي حنيفة رحمه الله القول للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رحمه الله ومن قال لاخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق وان قال فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار يرتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق

الجمع بينهما في البيع الا فيما يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشرا وهذا كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما
بالف وقيمتهما سوا فعند ابي حنيفه رحمه الله ان اشترى احدهما بخمس مايه او اقل جاز وان اشترى
باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سوا فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان
امرا بشرا كل واحد بخمس مايه ثم الشرا بها موافقه وباقل منها مخالفه الى خير وبالزياده الى
شر قلت الزياده او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقيه الالف قبل ان يختصما استحسانا
لان شرا الاول قايم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام
الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف
الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق
لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقيه يشتري بمثلها الباقي
ليمكنه تحصيل غرض الامر قال ومن له على اخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد
فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البايع ولو عين البايع يجوز على ما نذكره ان شا الله
وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه الامر
مات من مال المشتري وان قبضه الامر فهو له وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه
او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا
الا ترى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه
سوا فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفه رحمه الله انها تتعين في
الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكاله بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين
بطلت الوكاله واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون ان يوكله
بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض
قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شيت بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير
وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم
واذا لم يصح التوكيل نفذ الشرا على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه لانعقاد
البيع تعاطيا قال ومن دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري بها جاريه فاشتراها فقال الامر
اشتريتها بخمس مايه وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت

تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمس مايه
وهو ينكر وان كانت تساوي خمس مايه فالقول للامر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي
خمس مايه والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف
فالقول قول الامر اما اذا كانت قيمتها خمس مايه فللمخالفه وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما
يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البايع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن
وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجاريه المامور قال ولو
امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الامر اشتريته بخمس مايه وقال
المامور بالف وصدق البايع المامور فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه
ارتفع الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر وفي المسله الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف وقيل
يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البايع والبايع بعد استيفا الثمن اجنبي
عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام
الاجل ابي منصور رحمه الله وهو اظهر

فصل في التوكيل بشرا نفس العبد

قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بالف درهم ودفعها اليه فان
قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولا للمولى لان بيع نفس العبد منه
اعتاق وشرا العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق
فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولا وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري
لان اللفظ حقيقه للمعاوضه وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شرا العبد بنفسه
لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضه يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده
وعلى المشتري الف مثلها ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الادا بخلاف الوكيل بشرا العبد
من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقد من هنالك على نمط واحد وفي الحالين المطالبه تتوجه
نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولا ولا مطالبه على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه
ويرغب في المعاوضه المحضه فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك
فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للامر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرا
نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك
البايع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الامر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للامر وان عقد

لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشرا معين
تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان
المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه ولا بد من البيان لما ذكرنا
من اختلاف الحكمين

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشرا لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك
متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا
للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات
وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه
من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل
والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم
والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها
والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشرا الفحم والجمد والاضحية بزمان
الحاجة لان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه حتى لا يملكه الاب والوصي وكذا
المقايضة بيع من وجه شرا من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله رحمه الله ان التوكيل
بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة
الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه
وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه
بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شرا من كل وجه وبيع من كل وجه
لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشرا يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة
يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه
لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشرا شي بعينه قالوا ينفذ على
الامر لانه لا يملك شراه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امراة باكثر من مهر مثلها
جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك
الوكيل بالشرا لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن في مثله ما لا يدخل تحت

تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده
لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن
لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة
رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز
عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة
الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا
يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع
الى الامتثال واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان
وكله بشرا عبد فاشترى نصفه فالشرا موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شرا
البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شراه شقصا شقصا
فاذا اشترى الباقي قبل رد الامر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الامر وهذا بالاتفاق
والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان في الشرا تتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر بالبيع صادف
ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشرا صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه
التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم
يقبضه فرده عليه المشتري بعيب لا يحدث مثله بقضا القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار
فانه يرده على الامر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البايع فلم يكن قضاوه مستندا
الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر
مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه
الا النسا او الاطبا وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومات لا في الرد
للرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شي منها وهو رد على الموكل
فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث
مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن
علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الامر قال فان كان ذلك باقرار لزم
المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليها لامكانه السكوت والنكول الا ان
له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضا والعيب يحدث مثله

حتى لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم
ولاية القاضي غير أن الحجة وهو الإقرار قاصر من حيث الفسخ كان له أن يخاصم ومن حيث
القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره
يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه
لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد
وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا قال ومن قال لآخر أمرتك ببيع
عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر
لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق قال وإن اختلف في ذلك
المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لأن الأصل في المضاربة العموم ألا ترى أنه يملك
التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة
في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما
فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة إلى أي أجل كان عند
أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم قال
ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع في يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه
فلا ضمان عليه لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان
وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض
الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا
في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي
أحدهما والبدل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار
المشتري قال إلا أن يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى
الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقا لتقديم الخصومة قال أو بطلاق
زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة أو قضاء دين عليه لأن هذه الأشياء
لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما إذا قال
لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس

ولأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به
لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء
إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا أو يقول له اعمل برأيك لإطلاق التفويض إلى رأيه وإذا
جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل
بموت الأول وقد مر نظيره في أدب القاضي قال فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته
جاز لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وإن عقد في حال غيبته لم يجز
لأنه فات رأيه إلا أن يبلغه فأجازه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه لأنه حضره رأيه ولو قدر
الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لأن الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حضر وهذا بخلاف
ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في
الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في
معظم الأمر وهو التقدير في الثمن قال وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي
ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لأن الرق والكفر
يقطعان الولاية ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره وكذا
الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى
القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا
تفوض إليهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك لأن الحربي
أبعد من الذمي فأولى أن تسلب الولاية وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه
موقوف على ولده وماله بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم
تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بخصومته
والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا أن من ملك شيئا ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها
بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن
على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية
لأنه في معناه وضعا إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك

قال رحمه الله فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة
أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند
أبي حنيفة رحمه الله حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده وقالا لا
يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأن القبض غير الخصومة وليس كل
من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولأبي حنيفة رحمه الله
أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل العين حقه من
وجه فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه
أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك والوكيل بالشراء
لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما
فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لأنه أمين محض والقبض ليس
بمبادلة فأشبه الرسول حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام الذي هو في يده البينة
أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس أن يدفع إلى الوكيل
لأن البينة قامت لا على خصم وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في
القبض فيقصر يده حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع وصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل
عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير
ذلك ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل
بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال
وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا إلا أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف
رحمه الله يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز
في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة
والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح
إذا استثنى الإقرار وكذا إذا وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار
فيه الأهدى فالأهدى وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه
قطعا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله و

فيصرف إليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه
لا يملكه وعن محمد رحمه الله أنه يصح لأن التنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه وعند
الإطلاق يحمل على الأولى وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني
لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله إن الوكيل
قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه وهما يقولان إن التوكيل
يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه
خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق
وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء
يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كالأب أو الوصي إذا أقر
في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليه قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله
صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا لأن الوكيل من يعمل لغيره ولو
صححناها صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن ولأن قبول قوله ملازم للوكالة
لكونه أمينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير
عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله
الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى أنه
وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه لأن
ما يقبضه خالص ماله فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيا لأنه لم يثبت
الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء فيرجع به على
الوكيل إن كان باقيا في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله أن ينقض قبضه وإن
كان ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في
هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ
ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما
ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع
صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه في الوكالة وإنما دفع إليه
على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة وهذا

وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته
وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع
الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل
بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده ٥
قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب
مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل
بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق
شهر عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة
لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رحمه الله حول كامل لانه يسقط
به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله
لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب
بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته
او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى
تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال
واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه
تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل
بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم
كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا
بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا
ان يعود مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد رحمه الله فاما عند ابي يوسف رحمه الله
لا تعود الوكالة لمحمد رحمه الله ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعاني
قائمة وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا
ولابي يوسف رحمه الله انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية
التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر
ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رحمه الله

اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار
حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك
الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع
اليأس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم
اليه لانه اقرار بمال الغير بخلاف الدين على ما مر فلو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة
ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته
فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع
لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق
في دعوى البيع عليه قال وان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان
صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع اليه المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت
بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية
لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال وان وكله بعيب في جارية
فادعى البائع رضى المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك
ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله وههنا غير ممكن لان
القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطا عند ابي حنيفة رحمه الله عليه كما هو مذهبه
ولا يستحلف المشتري بعد ذلك عنده فانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد
الجواب على هذا ولا يؤخر في الفصلين لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح
عند ابي يوسف رحمه الله عليه ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو
كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم
ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل
بالشراء والحكم فيه ما ذكرنا وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له
ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق
يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله اعلم ٥

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا
اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

انه يعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على المطلق وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قايم به ولم يزل بالحاق قال ومن وكله اخر بشي ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشرا شي ففعله بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها الزوج له ان يزوج الموكل لبقا الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضا فاض فعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضا بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اذا تركها ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسايل الدعوى واختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة

ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من اخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى به معلوما ولان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد يتعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسما اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد عند ابي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف به على ما عرف وهو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابع لانه يختلف به المدعى به ولا كذلك بتركه وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد وقوله انه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان دينا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه فان انكر سال المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السوال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفا التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا يرى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وقال أبو يوسف رحمه الله عليه يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف رحمه الله فيما ذكر الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي رحمهم الله قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رحمه الله قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أولى وقال الشافعي رحمه الله يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه وكذا على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها قال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول وألزمه ما ادعى وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا أو مقرا إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه قال وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثا فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء قال فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر وأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض عليه مرة واحدة جاز لما قدمنا وهو الصحيح والأول أولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح قال وإن كانت الدعوى نكاحا لم

يستحلف المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لأنه لو ادعى المولى لثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمناه فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولأبي حنيفة رحمه الله أنه بذل لأن معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلا أولى كيلا يصير كاذبا في الإنكار والبذل لا يجري في هذه الأشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين قال ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط شيئان الضمان والقطع فيعمل فيه النكول ولا يثبت به القطع فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان قال وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالإرث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هذه الحقوق وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالإجماع ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس فإنه لو

حتى يقر

قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا إعمال البذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة وهذا
البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع وإذا امتنع
القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة قال
وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلثة أيام كيلا يغيب نفسه
فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى
استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن
الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل
بإحضاره والتقدير بثلثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح ولا فرق في الظاهر
بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه
في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة ٥
قال فإن فعل وإلا أمر بملازمته كيلا يذهب حقه إلا أن يكون غريبا على
الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء منصرف إليهما
لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا
المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى ٥

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلم من كان منكم حالفا فليحلف
بالله أو ليذر ويؤكد بذكر أوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا إله إلا
هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان
هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد
في التغليظ على هذا وله أن ينقص عنه إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق
يمين واحدة وإن شاء القاضي لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على المعروف
بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال
ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي
أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ٥
قال ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلم

وإن كان نصرانيا حلف بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلم لقوله عليه السلم
لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في
كتابكم هذا ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلم والنصراني نبوة عيسى عليه السلم
فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار
وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يستحلف أحد
إلا بالله خالصا وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار
بعض مشايخنا رحمهم الله لأن في ذكر النار مع اسم الله تعظيما لها وما ينبغي أن تعظم بخلاف
الكتابين لأن كتب الله معظمة والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله
قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في
بيوت عباداتهم لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا
يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل
بدون ذلك وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مرفوع عنه
قال ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما
بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في
الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع
وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لأنه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق
بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد
بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه
وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك
على السبب إلا إذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر إلى إنكار المدعى
عليه إن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الأصل عندهما
إذا كان سببا يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على
السبب بالإجماع وذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة
بالجوار والمشتري ممن لا يراها لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت
النظر في حق المدعي وإن كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا

ادّعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق
وعليه نقض العهد واللحاق ولا يتكرر في العبد المسلم قال ومن ورث
عبدا فادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات
وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشرا سبب لثبوت
الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه
او صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان
يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه والله اعلم بالصواب

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف
البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب
الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة
للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن
والمبيع جميعا فبينة البائع في الثمن اولى وبينة المشتري في المبيع اولى نظرا الى زيادة
الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع
والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان
المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان
فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب
تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف
للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري
ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلم اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبتدئ بيمين المشتري وهذا
قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري
اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ
بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفا الثمن وكان ابو يوسف رحمه الله يقول

اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع
خصه بالذكر واقل فائدته التقدم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بايهما
شا لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري
بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه
بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى
النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث
القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال وان حلفا فسخ القاضي
البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد
منهما فيبقى بيع بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل
يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وان
نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى
الآخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او
في استيفا بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه
الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف
في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان
ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس
بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من
ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض
قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة
الهالك وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار
بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه
صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد
هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف
القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى

الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه لانه لا يبالي بالاختلاف
في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة
دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا
يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك
ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال ———— وان هلك احد العبدين ثم
اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة
الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله
الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي
ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفان
عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك
البعض اولى ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي
حنيفة رحمه الله ان التحالف على خلاف القياس ورد الشرع به في حال قيام السلعة وهي اسم
لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على
اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى
التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ
يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض
المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع
الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه ان لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ
ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف
الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه
فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ما بيناه في القائم واذا
اختلفا ولم يتفقا على شيء وطلب احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رحمه الله
والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى
البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه

دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن
ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في
قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها
فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد
احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده
ويقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب
باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول
للمنكر وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة
الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما
يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات
يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدعٍ
ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا
من قول ابي يوسف رحمة الله عليه . قال ———— ومن اشترى جارية وقبضها ثم
تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص
لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة
مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض
والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه غير المشتري ولو قبض البائع المبيع
بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله لانه يرى
النص معلولا بعد القبض ايضا قال ———— ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة
ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا
تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال السلم لو كان
عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود
البيع دل على الفرق بينهما قال ———— واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه
تزوجها بالف وقالت المرأة تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان
اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته المرأة

وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج فان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بما ادعته المراة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا تقدم في الوجوه كلها ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رحمه الله فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل تكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت وان اقاماها فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضي شهرين بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين حينئذ انه لا عقد واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمنفرد بالعقد عليها بخلاف البيع

واذا

لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال وان اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء المقدار الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمراة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم قال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما يكون للنساء فهو للمراة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو

خصم فيه فثبت وهو كالوكيل بنقل المراة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل فلا تندفع
بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول
حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره
وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة
لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال
حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة
لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو
اندفعت لتضرر المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله
للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره
حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي
هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او ضيع شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا
الاقوال الخمسة بتوفيق الله تعالى قال وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم
لانه لما زعم ان يده يد ملك فقد اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته
لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل
عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد
ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة
لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد رحمه
الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر
الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه
شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز
عن كشفه فان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك اسقط الخصومة
بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن
يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال وإذا ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقام البينة قضي بها بينهما

وقال الشافعي رحمه الله في قول تتهاتران وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين
لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتتهاتران او يصار الى القرعة
لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث
القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد
احدهما سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف
اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال وان ادعى كل
واحد منهما نكاح امراة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا
يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين وهذا اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت
لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما وان اقام الاخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من
الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى اخر
واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه
الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطا في الاول بيقين وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج
ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال واذا ادعى اثنان كل
واحد منهما انه اشترى هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء
اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك
الكل فيرده وياخذ الثمن وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه
لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه
بخلاف ما لو قال ذلك قبل قضاء القاضي حيث يكون له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه
ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع
الاخر به ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك
الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما
قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في
الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتا كما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان

قبل شرا صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال ــــــ وان ادعى احدهما شرا
والاخر هبة وقبضا معناه من صاحب اليد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشرا اولى لان الشرا
اقوى لكونه معاوضة من الجانبين لانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على
القبض وكذا الشرا والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة سواء حتى يقضى بينهما
لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال
وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح
لانه تنفيذ الهبة في الشايع وصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح قال ــــــ
واذا ادعى احدهما الشرا وادعت امراته انه تزوجها عليه فهما سوا لاستوائهما في القوة فان كل
واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رحمة الله عليه وقال محمد
رحمه الله الشرا اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشرا اذ التزوج على
عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة
وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك
والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد
الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان
يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وكذا الهبة بشرط
العوض واذا اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت
انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلقه الاخر منه ولو ادعيا الشرا من واحد معناه
من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له
فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشرا من آخر وذكرا تاريخا فهما سوا لانهما يثبتان
الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى
البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك
لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا
من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما
الشرا من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة
والقبض من آخر واقاموا البينة قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم

حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال ــــــ وان اقام الخارج البينة
على ملك مورخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد
رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سوا
ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت
فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا
الخلاف لو كان الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك
مطلق ووقتت احدهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى
وقال ابو يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى
لانه اقدم وصار كما في دعوى الشرا اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما
ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من
جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سوا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله
الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوايد ورجوع الباعة
بعضهم على البعض ولابي يوسف رحمه الله ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق
يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين ولابي حنيفة ان التاريخ عارضه احتمال عدم التقدم فسقط
اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشرا لانه امر حادث فيضاف الى
اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال ــــــ وان اقام الخارج وصاحب
اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد
فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان
رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضا ولو تلقى كل واحد منهما الملك
من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما
البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته على اولية
الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج
اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان

بعيد هذا واليد لان الثالث يصير مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك
المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل بينته وتنقض القضية لانه بمنزلة النص قال
وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر
لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان
يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب
وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء
ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال
وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد
اولى لان الاول وان كان اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم
ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما
تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن
فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس
الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار
منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا ولان السبب
يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا
يفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود
قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب
عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد
لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت
الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض
من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل
القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين
وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد
وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين

شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد
والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال واذا كانت
دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة
ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان
صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر
فينتصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب
بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة
نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناه في الزيادات قال
ولو كانت الدار في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء
لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان
مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء
بدون الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما
البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان
الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم
يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رحمه الله
ولانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال واذا كان العبد
في يد رجل واقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما
في سبب الاستحقاق ۝

فصل في التنازع بالايدي

قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب
اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه
فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا
اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا
في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في
بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود
ليس بيد عليه فاستويا قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر

فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق ٥
قال وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال اني حر فالقول قوله
لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له
حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه
لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا
يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط
لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال
والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة
تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه
ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه
على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا
البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما هرادي وليس للآخر شيء
فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر
منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع
جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل
على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه
الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير
الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع
لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى
ويروى الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف
اقوى من اليد ووجه الاول ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضا
له ببعضه القضا بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها
الجرجاني قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر
بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال
واذا ادعى الرجلان ارضا يعني كل واحد منهما يدعي انها في يده لم يقض انها في يد واحد

منها

منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب
عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان
اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة وان
كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها
والله اعلم بالصواب ٥

باب دعوى النسب

اذا باعت جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع
فهو ابن للبائع وامه ام ولد له ويفسخ البيع ويرد الثمن وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله
والشافعي رحمه الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه
متناقضا ولا نسب بدون الدعوى ووجه الاستحسان ان اتصال العلوق في ملكه شهادة
ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفا فيعفى فيه التناقض واذا
صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام
الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة
البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر
من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو
الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا
يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه
دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل
من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في
ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه ثبت النسب ويبطل البيع والولد
حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات
الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها
تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان
ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه
البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها
تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها

والثابت لها حق الحرية ولده حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية
غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها
قال وفي الجامع الصغير اذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري
ثم ادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان
المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد
والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو
العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في
ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها كما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام
المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا
يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من
المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة
والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار
الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد كل الثمن
هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده فباعه
المشتري من اخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله
من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او اجره او كاتب
الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله
وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه
البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار
كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء
واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا لان التوامين ولدان بين
ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر
وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توامان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري
ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة

العلوق

العلوق والدعوة ملكه اذ المسالة مفروضة فيه ثبتت حرية الاصل فيه فيثبت نسب الاخر
وحريته الاصل فيه ضرورة لانهما توامان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل
فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة
البائع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه وحرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت
نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باعه لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد
الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال
هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون
ابنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف
اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد
فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان مما لا يحتمل النقض الا ترى انه
يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري وكذبه
البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه العبد لانه يدعي بعد ذلك
نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار
تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب
نفسه ولابي حنيفة رحمه الله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد
بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه
لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه
وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسالة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد
يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض في الولاء الموقوف
ما هو اقوى وهو دعوة المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا
على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب
لغيره قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني
وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال
شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم
بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة

فالمسلم أولى ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين قال وإذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد أما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر في الطلاق وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة وإن كان الصبي في أيديهما فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لأن المحل يحتمل الشركة وهاهنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم لأنه ولد المغرور فإن المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولأن النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الأب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه ولو قتله الأب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته لأن سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله أعلم

كتاب الإقرار

قال وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولا كان ما أقر به أو

معلوما اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق وأنه ملزم لوقوعه دلالة ألا ترى كيف ألزم رسول الله عليه السلام ماعزا رضي الله عنه الرجم بإقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقا فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقا بالحر في حق الإقرار لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لأن إقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهو ملك المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لأنه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لأنه مبقى على أصل الحرية في ذلك حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبي مأذونا له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار لأن الحق قد يلزمه مجهولا بأن أتلف مالا لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لأن المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان فإن قال لفلان علي شيء لزمه أن يبين ما له قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فإذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك لأنه هو المنكر فيه وكذا إذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب أن يبين ما هو مال حتى لو بين في الصبي الحر والزوجة لا يصح وقيل يصح والأول أصح ولا بد من أن يجري فيه التمانع تعويلا على العادة حتى لو بين في حبة حنطة لا يصح ولو بين في العقار أو في خمر المسلم يصح لأنه مال يجري فيه التمانع وإن كان لا يضمن بالغصب ولو قال لفلان علي مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا إذا قال من الدراهم أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلثة

صب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر
حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال
عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه
ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى
الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين
ليس بينهما حرف عطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا لم يصدق في اقل من
احد وعشرين لانه ذكر حرفين مبهمين بينهما حرف عطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل
كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر
لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك
نظيره قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة الايجاب وقبلي
ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله
مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فصدق موصولا لا مفصولا قال العبد
الضعيف عصمه الله في نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار
قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال
عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار
بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف
فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية
عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا
يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتأجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب
ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة
الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر
بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال
ثم ادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم
السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل

لانه

لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر ولو قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم
ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول
وبه قال الشافعي رحمه الله لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة
لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم
استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله
وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال
مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما
تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان
كلها ثيابا قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل
بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف
لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا
قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال
ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما ومثله الطعام في البيت
ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل
والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق
الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه
وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه
ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله
على الظرف ولابي يوسف رحمه الله ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى
فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب منها موعى
وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة
يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه

خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا تلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مر الدلائل في الطلاق

فصل ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لابد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد رحمه الله ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر

والمكيل

والمكيل والموزون اوصافها اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرناه في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار قال ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال العبد الضعيف عصمه الله هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه فان قال من ثمن عبد اشتريته منه ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة علي وانكاره القبض في غير العين ينافي الوجوب اصلا لان

الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله يوجب
هلاك المبيع معنى فيمنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان
كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل
لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن بيع وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول
المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب
في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب
كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه
على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم
اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن
قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم
من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه
رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا ان وصل لا يلزمه شيء
لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا
ذاك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم
ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله عليه
وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي
ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم
زيوف من ثمن متاع لهما ان هذا البيان مغير فيصح بشرط الوصل كما في الشرط والاستثناء
وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوق بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد
فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله
ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب
رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول
للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله
الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء
البناء في الدار بخلاف ما اذا قال لفلان علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا
عيب

عيب ومطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية
الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض
وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فينصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان
علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها
وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق
وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل
فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان
القول له وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ
القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة
ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها
مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا
لم يصدق ان فصل وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف
الزيافة لانه وصف والاستثناء لفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي على
ما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه
ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم
ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو
ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال غصبتها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول
اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع
اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب
فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل
الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين
يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا
بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر
وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان

وهو الغرض والآخر ينكر فالقول قوله وإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها
فقال فلان هي لي فإنه يأخذها لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول
للمنكر وإن قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها أو قال آجرت ثوبي هذا فلبسه ورده
فالقول قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول
قول الذي أخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان
ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا
الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بينا في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد
في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع
فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون إقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لأن اليد
فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه
آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته
ولا كذلك في مسألة الوديعة فإنه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال
أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه
في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاه لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب
الإقرار أيضا وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته
ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها
وذلك إنما يكون بقبض مضمون فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه
عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكر أما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة
وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه الحنطة أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم
وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو
فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في
ملك في يد المقر وصار كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته
منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر بأن
يكون في بيته كذا هذا والله أعلم

باب إقرار المريض

وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب
معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله دين الصحة
ودين المرض يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب
الذمة القابلة للحقوق وصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الإقرار لا
يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق
بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث بخلاف النكاح لأنه
من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء يتعلق
بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير
وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لأن
الأول حال إطلاق وهذه حالة حجر فافترقا وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة
في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه
بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر
لما بينا ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح إقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض
أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض
في ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه
بالبينة قال فإذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به
في حال المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح وإنما رد في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته
قال وإن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير
وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه
في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط
الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال ولو أقر المريض لوارثه لا يصح
إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه يصح لأنه إظهار
حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة
للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين ولأنه تعلق حق الورثة
بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين
ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي

لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه
وقلّ ما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا
التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فصح اقراره قال وان اقر
لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه
الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين
ثم وثم حتى ياتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي في مرضه ثم قال هو ابني ثبت
نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة
النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر
على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا
ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب
الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها
ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت **فصل** ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له
نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما
يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره
وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على
ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث
لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك الورثة قال
ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب
على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب
على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او يشهد
بولادتها قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في
اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد
موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق
وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله لا
يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها فلا يصح التصديق على اعتبار الارث

١٧

لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار
قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لم يقبل اقراره في
النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى
بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له
وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى
ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير
وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث
المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلتها حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه
المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد
كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن
مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره
تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية
فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه
يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم
فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين فلا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على
الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه
كما هو المذهب عندنا غايته ان الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولكن
المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى
الدور والله اعلم بالصواب

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر
المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير
ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل
كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال
لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل آخره احل حراما

كالخمر او حرم حلالاً لعنه كالصلح بشارع ان لا يطا الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة
فيقضي بجوازه لان المدعي ياخذه عوضاً عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه
يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضاً اذ المال وقاية الانفس ودفع
الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه
ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال
في حق المتعاقدين بتراضيهما فيجري فيه الشفعة اذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه
خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة
المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر
بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود
لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة قال والصلح
عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي
بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق
المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود
فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها
الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعاً
لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة
لان المدعي ياخذها عوضاً عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان
كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح
عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم
الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه
رجع بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه
فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده
وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر
عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة
وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله

او بقدر المستحق ان استحق بعضه لان المبدل فيه الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع
~~بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا~~
باع منه على الانكار شيئاً حيث يرجع بالمدعا لان الاقدام على البيع اقرار منه بالملك له
ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم
فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى حقاً
في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض لان دعواه
يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك
عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى داراً فصالح على
قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه فهو على دعواه في الباقي والوجه
فيه احد امرين اما ان يزيد درهماً في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه
فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي **فصل** والصلح جائز من
دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر قال والمنافع لانها
تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه
واشبهها احتيالاً لتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية
العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس
رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى
فيه صلح مسمى هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد
التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب
بمطلق العقد وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع
السكوت عنه فكان مدخل في اطلاقه وجواب الكتاب في الجناية في النفس وما دونه وهذا
بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك
واما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة
وان لم يصح الصلح بطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة الشفعة
حتى لا يجب المال بالصلح عنه على روايتين في بطلان الكفالة روايتان على ما عرف في موضعه
واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة

قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق ان نفسه ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه ٥

قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه اذ حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ٥

قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها فان صالحه على عرض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل والله اعلم ٥

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتأويل هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل فيكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب

سلامة العوض له ثم العقد لحصول مقصوده. ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف فإن اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر ان يقول صالحتك على هذا الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله والله اعلم

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابرأه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض وللصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على الف دينار الى شهر لا يجوز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئا لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام ولو كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط قدرا ووصفا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس

ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح عوضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر حمله على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداءة بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره

عني او حط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال
علانية يوخذ به ○ **فصل في الدين المشترك** ○ واذا كان الدين بين
شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه
وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين
اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين
باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمر وله
حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا
عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا
بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك
المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه
باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق
المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى
نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما
لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة
كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف
الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا
ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفا بالمقاصة بين ثمنه وبين
الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه
حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك
القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه
من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف
وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه
صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابرا المطلق ولا يصح عندهما لانه يودي الى قسمة الدين
ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شرا فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه
قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية

وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من
نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح
اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة
يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الاخر بخلاف شرا العين وهذا لان
المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في
المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيودي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا
هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الاختلاف وعلى الوجه الثاني
هو على الاتفاق **فصل في التخارج** واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها
بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه
اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع
ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا
فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه
صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب
عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت
التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه
من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من
التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح
عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا
جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف ○
قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح
عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح
وان شرطوا ان يبرا الغرما منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او تمليك
الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضا نصيبه متبرعين وفي الوجهين
ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما ورا الدين ويحيلهم على
استيفا نصيبه من الغرما ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا

يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد القابض من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا والله اعلم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح كله لو شرط لرب المال كان بضاعة ولو شرط كله للمضارب كان قرضا قال ولا يصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن الملك في المشتري يقع للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة دراهم فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع

لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله كما بيناه في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجر في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرطنا خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا باشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وهو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر بالوديعة فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة رحمه الله انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد

منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به
الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة
والخلط من مالك نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وان خص له رب المال التصرف
في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له
ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى
غيره قال فان خرج الى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف
بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف
في الوديعة ثم رجع وترك المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه
واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشرا
بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشرا
يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان وجوبه بنفس الاخراج وانما
شرط الشرا للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة
حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح
بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص
ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه
تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفا للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق
اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير
بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان او تبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة
الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف
على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة
جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما
وراء ذلك قال ولذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه
لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع
والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او
غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا

يدخل في المضاربة شرا ما لا يملك بالقبض كشرا الخمر والشرا بالميتة بخلاف البيع الفاسد
لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون
المضاربة لان الشرا متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف قال
وان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب
المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال
المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال
ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد
الشرا عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة
القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى
العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال
فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطيها فجاءت بولد يساوي
الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شا رب المال استسعى الغلام
في الف ومائتين وخمسين وان شا اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش
النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام
والولد مستحق براس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها تساوي راس المال لا
يظهر الربح كذا هاهنا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما
اذا اعتق الولد ثم زادت القيمة لان ذلك انشا العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك
بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم
اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من
قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق
فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله
ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق براس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما
فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان
الالف المأخوذ لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح
فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك

فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له وضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رحمه الله ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال واذا دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به

من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الله للاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فهو بيني وبينك نصفان وقد دفع المال الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف الربح لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع المال الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل

واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون عقد

المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على
المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رحمه الله لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما
عرف والله اعلم

فصل في العزل والقسمة

واذا مات رب المال او المضارب
بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث
الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت
المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف
مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو
المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت
المضاربة قال وان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه
جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله
ان يبيعها لا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على
راس المال وانما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم
يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان عزله وراس المال دراهم او
دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة
قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم
وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار
كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا
وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجرة له
وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب
المال في الاقتضاء لان حقوق العقد الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال
وفي الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع
والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال وما هلك من مال المضاربة
فهو من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك
الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان
الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح حتى يستوفي رب المال راس ماله لان قسمة

والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به

الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب
امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما
اخذه رب المال محسوب من راس ماله واذا استوفى راس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح
وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك
المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في
الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر والله اعلم

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع
بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع
التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري
سفينة للركوب وله ان يستكري اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في
الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك
ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه
لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل
لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف
الوصي يحتال بمال اليتيم حيث تعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله
المضارب انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرناه
ومن جملته البيع والشراء للحاجة اليه والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع
والابضاع على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو
ما يحتمل ان يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط
مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه
التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه
عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله
اعمل برايك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد
ما اشترى براس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة
ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشتري بينهما نصفين

والمسافرة

السفاتج جمع سفتجة وهي قرض يستفيد به سقوط خطر الطريق

بمنزلة شركة الوجوه. واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاوها لانه اقراض والعتق
بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال
ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله يزوج الامة لانه من باب
الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا
يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن
تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال فان دفع شيا من مال المضاربة
الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة
لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط
العمل عليه ابتدا ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا
عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتدا
لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد
شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه يودي الى قلب الموضوع
واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى قال
واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه
ومعناه شرا وكرا في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازا الاحتباس كنفقة القاضي
ونفقة المراة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر كان محبوسا بالمضاربة
فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق
من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف
المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال فلو بقي شي
في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتها الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان
بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله
فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف في الحاجة الراتبة وهو ما
ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج
اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا
بالمتعارف بين التجار قال اما الدوا ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله

انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر
ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدوا بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المراة على الزوج
ودواها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس المال فان باع المتاع
مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار
بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها
قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل
له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر
وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له
حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم
ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه
قوله اعمل برايك انتظامه الخلط فلا يضمنه

فصل اخر

فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى
ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على
المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكر حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو
العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الاخرة
اذ لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة
ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب الثمن عليه لما بيناه وله
الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع
من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على
المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة لانه دفع مرة الفا ومرة
الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة
الاف ففي حصة المضاربة ثلاثة الاف يرفع راس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال
وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف باعه مرابحة على خمسمائة
لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة
العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب

عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطا فثلثة ارباع الفدا على رب المال وربعه على المضارب لان الفدا مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفدا عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن في المضاربة فان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزايل عن ملكهما بالجناية وبدفع الفدا كانه ابتدا الشرا فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم قال فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن وراس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده ولا يمكن الاستيفا انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشرا وهلك بعده حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة واما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرا فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشرا امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفا على ما مره

فصل في الاختلاف

قال فان كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقتت البينتان فصاحب الوقت الاخر اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودايع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشي لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق في ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال وان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شا مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شا وله انه استهلاك من وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرا الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا

الدين وقد سقط وعندهما بالابرا يسقط حقه من الضمان ويتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت
وكل مايع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة
وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان
احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر التميز والقسمة ولو خلط المايع بجنسه فعند ابي حنيفة
رحمه الله ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تبعا
للاكثر اعتبارا للغالب اجزا وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده
على مامر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مايعا بالاذابة قال
وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا فانه لا يضمنها
لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله
فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم ٥
قال فاذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا
فاستخدمه او اودعها غيره ثم زال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرا
عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرا الا بالرد على المالك ولنا ان
الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا
استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نايب المالك ٥
قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد
ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرا عن الضمان لارتفاع العقد
اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين
البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة
الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نايب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى
الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله
لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير
محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة
وان كان لها حمل ومؤنة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله ليس له
في الوجهين لابي حنيفة اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب

والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد
والشافعي رحمه الله يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر
قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال الامر فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم
ومن يكون في الفيافي يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في
مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في
المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه
لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير
ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف
في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيومر بالدفع
اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان
ياخذه فكذا يومر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغايب لانه يطالبه
بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية
القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان
الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا
كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس
للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما
الى الاخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما باذن
الاخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرا اذا سلم احدهما
الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما
ان يسلم الى الاخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى
اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الاخر من غير رضى المالك
فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما
اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه اناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل
الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها
لم يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كا

الوديعة وان نهاه عن الدفع الى غلامه وكذا اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع
الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا
فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل
به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت اخر من الدار
لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار
اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين
ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة
صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها اخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس
له ان يضمن الاخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاخر رجع على
الاول وان ضمن الاول لم يرجع على الاخر لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب
وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير
انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن
الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين
لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم
فيضمنه بذلك اما الثاني مستمر على الحالة الاولى لم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا
القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد انها له
اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل
واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير
الحقين وبايهما بدا القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا
لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان
نكل يعني للثاني يقضي له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا
اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء
فجاز ان يؤخر ليحلف الثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في
الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد
منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الاخر
فيغرمه

فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع
الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه
اما بتهمة او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رحمه الله انه ينفذ قضاؤه للاول
ووضع المسئلة في العبد وانما ينفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا
ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول
وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي
ان يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة
ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع
فيه بعض الاطناب والله اعلم ۞

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا
من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع
بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك
وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك
فان العارية مشتقة من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك
كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع
دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة
وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان التمليك يثبت
بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يحصل المنافع على ملكه ولا
يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكر ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك
لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على
هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع
تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان
معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله
لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة اخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء
لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها

فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه قال والعارية امانة
ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن
استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراه ولهذا كان واجب الرد
وصار كالمقبوض على سوم الشرا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير
عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع
فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مونة كنفقة المستعار فانها على
المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشرا مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم
العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يوجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن
لان الاعارة دون الاجارة والشي لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ
يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضا
مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يصح ولم تبق العارية كان غصبا وان شا المعير
ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر
انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر رجع على الموجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا
لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعير اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل
وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يعير لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا
يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة
في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة (اي كون الاعارة اباحة) ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا
فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك
في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير
لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة
وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع
اي نوع شا في اي وقت شا عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه
ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة
والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان
يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان

يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه
ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين
الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة
تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة
او بالقرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضيه الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل
مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا او يزين
بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا
يتحلى متقلدا بها قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها
ويكلفه قلع البنا والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة
فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت
العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق
منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد
وضمن المعير ما نقص البنا والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفا
بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد
رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشا المستعير ان
يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار
الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها
لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة
الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال
واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مونة الرد
فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على الموجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية
دون الرد لان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فلا يكون عليه مونة رده واجرة رد العين المغصوبة
على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مونته عليه
قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان
وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان

رد العواري الى دار المالك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط
وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة
الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك
دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه
لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا
الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال ـــــ ومن استعار دابة فردها مع عبده
او مع اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد
من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد
رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا
في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما
يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا
كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة
لانقضاء المدة قال ـــــ ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا
يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان
لفظة الاطعام ادل على المراد لانه يخص الزراعة والاعارة يتناولها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت
الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى ٥

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب
والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض
لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع
وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلم لا تجوز الهبة الا محوزة مقبوضة والمراد
نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا
لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام
على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب
له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب
في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض

باقي فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه
ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على
القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا بالقبول والقبول
يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في
مقابلة الصريح قال ـــــ وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح
فيه والثاني مستعمل فيه قال النبي عليه السلم اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك
الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك
واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام
اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث
يكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله
عليه السلم من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار
لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة
يقال حمل الامير فلانا على الفرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب
يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه
ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى
او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين
فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية
او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير
وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ـــــ ولا تجوز الهبة
فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله تجوز
في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه
وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص
عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في
تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم
بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهايأة

يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لان العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه اليه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع ولو وهب دقيقا في حنطة ودهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لا يجوز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذلك اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل النافع وكذلك اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة

الاب بخلاف الام وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض ومع حضور الاب لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمة الله عليه وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها عن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان فابو حنيفة رحمه الله مر على اصله وكذا محمد رحمه الله والفرق لابي يوسف رحمه الله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالهبة هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع

موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد العاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال وان وهب لاخر ارضا بيضا فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم فلا رجوع فيها لقوله عليه السلم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم فلا رجوع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعدما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلما وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضا حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضا نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده

بعد القضا لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالرضى او بالقضا يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع لان العقد وقع جايزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا ه قال واذا تلف العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشي لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع لانه هبة ابتدا فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتها وقال زفر والشافعي هو بيع ابتدا وانتها لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه ه

فصل قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثنا لان الاستثنا لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثنا ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثنا ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شي هو مشغول بملك المالك فان وهبها على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيا منها او يعوضه شيا منها فالهبة جايزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جا غد فهي لك او انت منها بري او قال اذا اديت الي



النصف فلك نصفه او انت بري من النصف الباقي فهو باطل لان الابرا تمليك من وجه واسقاط
من وجه وهبة الدين ممن عليه ابرا وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من
وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق
بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال
والعمرى جائزة للمعمر حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد
عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى
شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك
فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم يصح تكون عارية
عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع

فصل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع
في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد
بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال ومن
نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما تجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع
ويروى انه والاول سوا وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضا ويقال له امسك
ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسبت تصدق بمثل ما انفقت وقد ذكرناه
من قبل والله اعلم

كتاب الاجارات

الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازها لان
المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناها
لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلم اعطوا الاجير اجره قبل ان
يجف عرقه وقوله عليه السلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب
حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول
ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة
والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن
والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع

وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع
تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة
اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا
تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق
الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على
ثلاث سنين هو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ
ثوبه وخياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين
الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة
معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط
ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة وتارة تصير
معلومة بالمدة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين
والاشارة كمن استاجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله
والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد والله اعلم

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معاني ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير
شرط او باستيفا المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة
صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد
ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة
فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في
الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض
المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه
اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم
مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر
وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان
يطالبه باجر كل يوم لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة

بالتأجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بيّنا ومن استأجر بعيراً الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل
مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولاً لا يجب الاجر الا بعد
انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا
يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق
الاجر ساعة فساعة ليتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر
به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجر حتى يفرغ من العمل
لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذلك اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ لما بيّنا الا ان يشترط التعجيل لان الشرط فيه لازم ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته
قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط
من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر
لانه صار مسلماً اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال العبد
الضعيف عصمه الله وهذا عند ابي حنيفة لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه
مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استأجر طباخاً
ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغرف عليه اعتباراً للعرف ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً استحق
الاجر اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقه حتى يشرجه لان التشريج من تمام العمل
اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفاً وهو المعتبر
فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه
ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف
الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ
فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء
البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد في
الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا
اجر له وان شاء ضمنه معمولاً وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له
ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور

حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه
لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكأنه باعه منه فله حق
الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله ليس له حق
الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل
ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضياً به من حيث انه تسليم فلا يسقط الحبس كما اذا قبض المشتري
بغير رضا البائع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان
المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق العمل فله ان يستأجر
من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل

ومن استأجر رجلاً ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه
لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استأجره
ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا اجر له وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع
المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه
نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد
نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك المكان
وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة
فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا اجر له في قولهم جميعاً لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل
الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر
والله اعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافاً فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف
فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حداداً
ولا قصاراً ولا طحاناً لان فيه ضرراً ظاهراً لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استئجار
الاراضي للزراعة لانه منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط لان الاجارة تعقد
للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة
لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر

وفي السوق ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت
فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شا لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت
الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز استئجار الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها
نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البنا
والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية له وفي ابقائها اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت
والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية
الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه
فهذا برضى صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال
او يرضى بتركه على حاله فيكون البنا لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال
وفي الجامع الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها
فاشبه الشجر قال ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل عليها لانه منفعة
معهودة معلومة فان اطلق الركوب جاز ان يركبها من شا عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او
اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب
فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فهما ذكرنا لاطلاق اللفظ
وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه
غيره فعطبت كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان
يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف
المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر
بالبنا خارج على ما ذكرنا قال وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول
خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت
الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح
لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا
لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة والقطن ينبسط على ظهره
قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر
بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية

ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات
وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت
بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل
تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة واذا كبح الدابة
بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان
المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن
مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هو للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور
في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن
وكذا العارية فقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة
فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع
اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على اطلاقه والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا
فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير
الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرا
بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا
ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان
زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته
فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر ضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن رحمه الله وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو
والسرج سوا فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض
بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من
جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر
فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ
في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين
الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه
مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه

الناس فهلك ضمن لانه صح العقد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى
ان بقي صورة قال ـــــ وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر
وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة
فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة
الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر عليه لانه غاصب الارض على ما قررناه
ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء
واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القباء
وقيل عن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص وجه الظاهر انه
قميص من وجه لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى
اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في
ساير الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر
بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار
كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال ـــــ الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد
يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله
يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى
بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا
على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد
التسمية بخلاف البيع لان المبيع متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه
والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان
يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت على ما لا نهاية له تنصرف الى الواحد
لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان
ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة الشهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة
قال ـــــ فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي

وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره
في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما
في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة
دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة
شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من
الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم
لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل
وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله عليهما الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام
يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدى الثاني بالايام ضرورة
هكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ـــــ ويجوز اخذ اجرة
الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس فلم تعتبر الجهالة باجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه
المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه احتجم واعطى
الحجام الاجر ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ـــــ ولا يجوز
اخذ عسب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد
اخذ الاجر عليه قال ـــــ ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم
القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند
الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه
فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرءوا القرآن ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة
متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة
ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه
فلا يصح وبعض مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني في
الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال ـــــ ولا يجوز الاستيجار
على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية وانها لا تستحق بالعقد قال ـــــ

ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رحمه الله الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة
وصورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة
ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايي فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار
كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده
لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع
بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايي فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه
والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشي يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من
شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في
رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقا وبخلاف ما
اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال ويجوز
استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان
جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على
المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل
ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه
لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر
عن الارضاع بلبن الشاة ان شا الله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا
بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة
لان العادة التوسعة على الاظار شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز ونحوه لان
الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها
وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع
الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان
اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفا عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في البيوع
وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار
مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من

وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم
به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم
ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ
اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه
العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك
على الظئر اما الطعام على والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة
اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل ومن دفع الى حائك
غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة
فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عليه السلام
وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير
من الاجارات سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج
والمحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره
ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل مشتركا
بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل
لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت
الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا
في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم
فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الاجارات هو جائز لانه
يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان
المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب
كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود
عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها

اوسقيها وزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقي
والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا
يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد
انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب
الفساد لان موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في
صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها
مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين
لا يبقى لتثنيته منفعة وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح
لانه يبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض
اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس
باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير
دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة واليه اشار
محمد رحمه الله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف
ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما
صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رحمه الله
له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة
بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل
لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم
يتصور تسليم المعقود عليه فلا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون
عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق
تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه [illegible] صاحبه
وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استاجر ارضا ولم يذكر [illegible] يزرعها
فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للز[illegible] ولغيرها وكذا [illegible] مختلف فمنه ما يضر
بالارض وما لا يضر بها فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا
استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا

وجه



وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد
وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد
بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة
امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما
ذكرنا في المسالة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسالة الاولى قبل ان يزرع نقضت
الاجارة رفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل
كالصباغ والقصار لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره فله ان يعمل للعامة لان
منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان
هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله ويضمنه عندهما الا من شيء غالب
كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير
المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه
كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز
عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان
العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان
مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر
بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف
بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة
من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا
فينتظمه [illegible] والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما
هو الداخل تحت [illegible] المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو
حصل بفعل الغير [illegible] بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح
لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكر ان شاء الله
وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني ادم ممن غرق

في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب
بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال واذا
استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه في المكان الذي حمله ولا اجر
له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط
بالعثار وبانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء
واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وفيه وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل
باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له
الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا
فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي
الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا باذن مولاه فمات فلا ضمان عليه
وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة
الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما
قدمنا لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص
الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي
اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل
بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما
تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده
وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير
الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع
متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله
منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

قال واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين
جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان
صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه

الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة
بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك
البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك
لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق
الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته
غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله و
لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد
ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع
في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان
التعجيل في ذلك غير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد
للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان
كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا
يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص
من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية
لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه
اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا
فبدرهم وان اسكنت حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا الاجارة فاسدة وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين
فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية
فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم
وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه
وكذا الاجر احد شيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية
لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى
الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح

فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه تخالف اسكانه الحداد لان الاول لا
يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تنعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة
ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استأجر عبدا يخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت
على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان
الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر واذا تعين الخدمة في الحضر لا ينتظم غيره
داخلا كما في الركوب ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر ان ياخذ منه الاجر
واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام
الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار
على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستأجر ان ياخذ منه
ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان
انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز عنه فكيف
يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في
قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استأجر عبدا هذين الشهرين
شهرا باربعة دراهم وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف
الى ما يلي العقد تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استأجر
عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء في اخر الشهر وهو آبق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته
وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول
قول الموجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيرجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان
لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او
قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر

فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول
قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط
ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في
مسألة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله
لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ ويضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وان قال صاحب
الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه
ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو
يوسف رحمه الله ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة
الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه
لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو
حنيفة رحمه الله لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه
المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر
اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع الاجر وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار
للمستأجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن
الرحا انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت
المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه
يتصور عودها فاشبه الاباق في المبيع قبل القبض وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا
تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من
الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت
الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه
ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في
الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال
الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه

ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق
القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود
عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في
البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض
المدة قال ـــــ وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب
لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة
وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به اذ المعنى يجمعهما
وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا
وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام
الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من
استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون
لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب
العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله
فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في
عذر الدين وقال ـــــ في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل
على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر
فينفرد العاقد بالفسخ وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال
اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء
ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه
ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او في طلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا
للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه واجيره ولو مرض
الموجر فقعد فكذلك الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر
فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر
في المضي على موجب العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر الخياط غلاما
فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوت مقصوده

وهو راس ماله وتاويل المسألة خياط يعمل لنفسه اما الخياط الذي يعمل باجر فراس ماله الخيط
والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر
لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا
استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعل عذرا ذكره في الاصل لان
الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في
المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع
من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما عرف انه يتقيد بالحضر بخلاف
ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد
المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر
والله اعلم ه

مسائل منثورة

قال ـــــ ومن استاجر ارضا او استعارها
فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه
حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة
يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال ـــــ واذا اقعد الخياط او الصباغ غ
في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا
بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن
استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول
الشافعي رحمه الله للجهالة فيه وقد يفضي الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب
وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة
وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال ـــــ وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى
للجهالة واقرب الى تحقق الرضى قال ـــــ وان استاجر بعيرا يحمل عليه مقدارا من الزاد
فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان
يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من
العمل بالاطلاق ه

كتاب المكاتب

قال ـــــ اذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك
صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين

الفقه انما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية
معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم
فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من
التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلم ايما عبد كوتب على مائة دينار
فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه
اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق باداءه
وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا
يجب حط شي من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا
ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان
قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة
ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم
ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه
بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة
على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع
من الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشرا والبيع
لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رحمه الله
يخالفنا فيه وهو بنا على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع
والشرا لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما
دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها
فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي
الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب
وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة
قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج
من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم ضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقق مقصود
الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشرا والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم

الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز
العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق
بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق
له وقد حصل دونه قال واذا وطي المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها
توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه
ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمه الجناية لما بينا وان اتلف مالا
لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابه ونفسه اذ لو لم يكن كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول
الغرض المبتغى بالعقد ه

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير
لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة
مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص
على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا
يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق
باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها
فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر
الرواية ووجه بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار العقد فيه وموجبه
العتق عند اداء البدل المشروط واما الميتة فليس بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه
فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه
وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا
تلف المبيع قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك
المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة
كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فيجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو
البدل وامكن اعتبار العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا
يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون
ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شي بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده

شيء بعينه بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدرهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في
المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى
إذا ملكه وسلمه يعتق وإن عجز يرد في الرق لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم
فأشبه الصداق قلنا العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط
الصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو
المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى ولو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد
رحمه الله أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا
يجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب والجامع أنه لا يفيد ملك المكاسب
وهو المقصود لأنه تثبت للحاجة إلى الأداء منها ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينا معينا والمسألة من الكتابة ح
فيه على ما بيناه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أن عند الإجازة يجب تسليم
عينه وعند عدمها يجب قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب تسليم
ذلك العين فعن أبي حنيفة أنه إذا أداه لم يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له
إذا أديت إلي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل
لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب
ففيه روايتان وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى
عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم
المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي
لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل
في أبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا
فكذلك مستثنى قال وإن كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه
أنه يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح
أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة وإذا بين
الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل
فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع ولنا أنه معاوضة
مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح والجامع أنه يبتنى على المسامحة

بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة قال وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز
معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لأنه مال في حقهم كالخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى
قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن
تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع
على ما قاله البعض لأن القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتبه على وصيف وأتى بالقيمة
يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة أما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال
وإن قبضها عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض
الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من
أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لأن موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية
التصرف مستبدا به تصرفا يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من
هذا القبيل وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة
لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى قال فإن شرط عليه أن لا
يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد
على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب
العقد ومثله لا تفسد الكتابة وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع
في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم
يتمكن في صلبه هذا هو الأصل أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك
وهذا الشرط يخص العبد فاعتبرناه إعتاقا في حق هذا الشرط والإعتاق لا يبطل بالشروط
الفاسدة قال ولا يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة
التوسل إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة إليه ويجوز بإذن المولى لأن الملك له ولا يهب ولا
يتصدق إلا بالشيء اليسير لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه إلا أن الشيء اليسير
من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بدا من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهز ومن ملك شيئا
يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لأنه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة

والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسًا وما لا لان كل ذلك تبرع ولا تعوض لانه تبرع وليس من
توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتدا فان زوج امته جاز لانه اكتساب
للمال فانه يملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا
يجوز وهو قول زفر والشافعي لان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه
الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هذا انفع له من البيع
لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو
يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له
قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاوه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح
اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما
في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولا اليه لان المولى جعل
معتقا والولا لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاوه له لان العاقد من
اهل ثبوت الولا وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه
او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط
الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذلك الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث
فلانه ينقص العبد ويعيبه وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته
المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان
الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية
قال واما الماذون له فلا يجوز له شي من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على
المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان الماذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك
الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال ولهذا لا يملك هو ولا كلهم تزويج العبد **فصل** واذا اشترى المكاتب
اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب ان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة
بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه واذا اشترى ذا رحم محرم لا ولاد له
لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما

ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة
في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا يجب نفقة
الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في
العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين
اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل
ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولده اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما
امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد وكذا
الجواب في قول ابي يوسف ومحمد لانها ام ولده خلافا لابي حنيفة وله ان القياس ان يجوز بيعها وان
كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا
كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتدا والقياس ينفيه ولو ولد
له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبه
ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق
امتناع البيع ثابت فيها موكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج
امة من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح
ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال فان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها
حرة فولدت منه ولدا ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن المولى له
بالتزوج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت
هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين
رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في
الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة
وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد الاعتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال وان وطي المكاتب
امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يوخذ به في المكاتبة وان وطيها
على وجه النكاح لم يوخذ به حتى يعتق وكذلك الماذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر
الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا
الشرا لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب

في شيء فلا يسقط بهما الكتابة قال — وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا
ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لأنه من باب التجارة
فإن التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل
فكان ظاهرا في حق المولى **فصل** وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت
مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لأنه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل
وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لأن المولى يملك الإعتاق في
ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر
من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد
وسقط عنها بدل الكتابة وإن ماتت هي وتركت مالا يؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث
لابنها جريا على موجب الكتابة فإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر ولو ولدت ولدا
آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا
الولد لأنه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة
أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها قال — وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها
إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية
وإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض
من إيجاب البدل العتق عند الأداء فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت
الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت
في حق البدل وبقيت في حق الأولاد والأكساب لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت
المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية قال — وإن كاتب مدبرته
جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة وإنما الثابت مجرد الاستحقاق وإن مات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع بدل الكتابة وهذا
عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تسعى في الأقل منهما وقال محمد تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها
وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار وأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار
ومع محمد في نفي الخيار أما الخيار فرع تجزي الإعتاق وعنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها
جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها وهي حرة

وجب

وجب عليها أحد البدلين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلهما أنه قابل البدل
بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير ومن المحال أن يجب البدل بمقابلة ما سلم لها ألا ترى أنه لو سلم لها الكل
بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة
وله أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل
صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر أن الإنسان
لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على ألف كان
جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا هاهنا بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة
وهي المسألة التي تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال —
وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها
وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فإن مضت على كتابتها فمات المولى
ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة
وقالا تسعى في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فمتفق
عليه ووجهه ما بينا قال — وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه
وسقط بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة
وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير
بدل مع سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه قال — وإن كاتبه على ألف درهم إلى
سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس
بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل
في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة
مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه
والأجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان
ربوا الأجل فيه شبهة قال — وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته
ألف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى
أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله لأن له
أن يترك الزيادة بأن كاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة

جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجرى عليها احكام الابدال وحق الورثة يتعلق بالمبدل فكذلك بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل ونظير هذا اذا باع المريض دارا قيمتها الف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة هاهنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما والله اعلم

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم عن نفسي وعن فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به

غير مضطر اليه قال وليس للمولى ان ياخذ الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه لذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهو اولى بذلك من الاجنبي والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف وهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبها ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق وضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد وضمن نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة وضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ولكنه وطي ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما ادعى الاول

الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة
لانها قابلة للفسخ فيفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير فانه لا يقبل
الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا
صارت كلها ام ولد له والثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة عليه لانه لا
يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت
كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر
بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا تظهر في
حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي
تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على
ما بينا قال وضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه
تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد يضمن
الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار
العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما قال واذا كان
الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان
المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء
فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر
قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا
وضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو
تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا
قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف
قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير
كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة
تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق واما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق
لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها
مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان
موسرا

موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال
واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق
نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان
يضمن المعتق ويستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير
احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت له خيار الاعتاق والتضمين والاستسعاء
كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه
يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء
ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر
تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة البيع واشباهه
والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما اولا
كان للاخر الخيارات عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء
لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا
يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان
تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه
احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك
وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان
الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما والله اعلم

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه
وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال
الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ
الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي
رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان
احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق

عليه العاقدان ولنا ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن
اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن
راضيا بدونه بخلاف التوجيل والامهال لانه لا بد منهما لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والاثار
متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فرد بها فسقط الاحتجاج
بها قال ـــــ فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة
تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم
تام فلا بد من القضاء او الرضى كالرد بالعيب بعد القبض قال ـــــ واذا عجز المكاتب عاد الى
احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا
لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال ـــــ وان مات المكاتب
وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو
ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا وقال
الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه
ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات
مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط
وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة
ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء
العقد لاحياء الحقوق بل اولى لان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى
للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت
ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال ـــــ
وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا
بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء
وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة والا رددت
رقيقا وهذا عند ابي حنيفة اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة
والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة وهو
الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى

لم يدخل

لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه
متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك
وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه
تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة
لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب حكم
بحريته في تلك الحالة على ما مر قال ـــــ وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا له
وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء
يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه
يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي
الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء
مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانه اذا فسخت مات عبدا واستقر
الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا
فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال ـــــ وما ادى المكاتب
من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة
والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها
صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك
المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب له ولو عجز قبل
الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز عنده يتبدل الملك وكذلك
عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في
فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم
يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما
اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة
في يده قال ـــــ واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى
لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا
للفدا الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم

بعض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه
لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع ابو يوسف اليه
وكان يقول يباع فيه وان عجز قبل القضا وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قايم
وقت الجناية فوقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع
قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضا او الرضا وصار كالعبد
المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضا لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف
المدبر والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب
لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه
وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد
كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة
لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بساير اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة
فان اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى
فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه
احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت
بابراء البعض او ادايه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء ٥

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه
بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة ٥
والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشيا وقرر النبي عليه
السلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف
مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى
مملوكه فولاوه له لقوله عليه السلم الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى
فازاله الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذلك المراة تعتق لما
روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما وعن بنت فجعل النبي عليه السلم المال بينهما
نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرنا قال فان شرط

انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال
واذا ادى المكاتب عتق وولاوه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما
باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذلك العبد الموصى بعتقه او بشرايه
وعتقه بعد موته لان فعل الموصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى
عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاوهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد
ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاوه له لوجود السبب وهو العتق
عليه واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت
وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء
منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاوه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من
ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توامان
يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد
لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس
بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاوه لمولى الام لانه
عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى
يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام لان العتق هاهنا في الولد ثبت
تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلم الولاء لحمة كلحمة النسب
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسبة الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت
لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم
الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت
او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي
الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطي
وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا
عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا
فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا
بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا

ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوه لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما ثبت للاب
مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب
الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا
مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب
فولدت له اولادا فولاء ولدها لمواليها عند ابي حنيفة قال رضي الله عنه وهو قول محمد
ايضا وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما
اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبر
الكفاءة والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب
والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم
الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق
المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم
اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف
مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد
من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله
والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما
استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب
وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك
ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك
وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام الوارث فاذا
كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة
من النسب فهو اولى لان المعتق اخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا
المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال
فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق
تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا
وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة ياخذ ما

بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته ليس للنساء من الولاء الا ما
اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي
عليه السلام وفي اخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة
في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان
سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث
المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من
يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقربهما عصوبة
وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة
حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها
ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن اخر معناه بني ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء
للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعناه
القرب على ما قالوا والصلبي اقرب والله اعلم

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه اذا مات ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه
فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء
لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث اخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع
المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت
ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد
اخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالين هاتين ولان
ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال
وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة
عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه
بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة
وللمولى ان يتحول عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرا
عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما
اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال

وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه لأنه تعلق به حق الغير ولأنه قضى به القاضي ولأنه
بمنزلة عوض نال كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما
أن يتحول لأنهم في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحدا لأنه لازم
ومع بقائه لا يظهر الأدنى والله أعلم

كتاب الإكراه

الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصا لأن الإكراه اسم لفعل
يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وهذا إنما يتحقق إذا خاف
المكره تحقق ما توعده وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة
والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق دون
المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه
إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الإكراه تشترط
خوف المكره وقوع ما تهدد به وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي إليه
من الفعل قال وإذا أكره على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو
يؤجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى
البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى إلا أن
تكون تجارة عن تراض منكم والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضى فيفسد بخلاف ما إذا أكره
بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه
إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا وكذا الإقرار حجة لترجح
جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم إذا باع مكرها
وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ألا يرى أنه
لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله في محله والفساد
لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه
وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وبإجازة
المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضى فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع
وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد
فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما هنا الرد لحق العبد وهما

سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد فاسدا يجعله
كالبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لأن الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد
المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا مفيدا لبعض
الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه قال فإن كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع لأنه
دلالة الإجازة كما في البيع الموقوف وكذا إذا سلم طائعا بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دليل
الإجازة بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لأن مقصود
المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل فدخل
الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع قال وإن قبضه مكرها فليس ذلك بإجازة وعليه
رده إن كان قائما في يده لفساد العقد قال وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره
ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره أن يضمن المكره
إن شاء لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب
وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وإن ضمن المشتري نفذ كل
شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما
كان قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما
بعده لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز

فصل

وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر فإن أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على
نفسه أو على عضو من أعضائه فإذا خاف ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه وكذا على هذا الدم
ولحم الخنزير لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة
إلا إذا خاف على النفس أو العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه
أن يصبر على ما توعد به فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم لأنه لما أبيح كان بالامتناع معاونا
لغيره على إهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة إذ الحرمة
قائمة فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد
الثنيا ولا محرم فكان إباحة لا رخصة إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة لأن في انكشاف
الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب قال
وإن أكره على الكفر بالله أو سب رسول الله عليه السلام بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراها

حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في
شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال واذا خاف ذلك وسعه
ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار
ابن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال
مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل الآية من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان
بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة
فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله
عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو
رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء ٥
قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه
وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال
ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على
قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة
ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي
يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف
الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي
في جانب المكره ويوجب على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم
المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا
الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه
محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه
ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه
على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون
الذكاة حتى يحرم كذا ههنا قال وان اكرهه على طلاق امراته او عتق عبده ففعل
وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على

الذي اكرهه بقيمة العبد لانه يصلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله ان يضمنه
موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق
الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال
ويرجع بنصف مهر المراة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه
من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق
فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها
لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز
استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على
المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا
يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين
والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها
تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على الخلع دونها
لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد
عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد
قال وان اكره على الردة لم تبن منه امراته لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى
لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت
المراة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا
لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان
القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام
في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس
بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو
قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة
لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب
مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت منه ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم

عليه لمعنيين مخطئًا لغيره وعلى هذا إذا أكره على الصلوة للصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل
وقال نويت به الصلوة لله ومحمدا آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا
النبي وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه
زيادة على هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

الأسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف
العبد إلا بإذن مولاه ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال أما الصغير فلنقصان عقله غير
أن إذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعليق
الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما
العبد أهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء
شيئا أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء
فسخه لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه
ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده
وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة
فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذا
عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه
قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال لأنه لا مرد
لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه
إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في
ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا
إقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي
والمعتوه والإعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة
ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته
ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وإن أتلفا شيئا لزمهما ضمانه
إحياء لحق المتلف عليه وهذا لأن كون الإتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب

النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال فأما
العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لأن نفاذه لا
يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك إتلاف ماله قال فإن أقر بمال لزمه بعد
الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وإن أقر بحد أو قصاص لزمه
لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله
عليه السلام لا يملك المكاتب والعبد شيئا إلا الطلاق ولأنه عارف وجه المصلحة فيه فكان أهلا
وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذرا
مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يحجر على
السفيه ويمنع من التصرف في ماله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه
نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه
المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده ولأبي حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر
عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا
من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل
والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما روي عنه إذ هو دفع الأعلى بالأدنى ولا يصح القياس على
منع المال لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر
له الشارع مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لأن غالب
السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر
فأبطل حجره وأطلق عنه جاز لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا ترى أنه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه
ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو
إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل
النقض بعد ذلك ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمسا
وعشرين سنة فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه وإذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم إليه ماله
وإن لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لأن علة المنع

السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب
بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع
باعتبار اثر الصبي وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة
رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما
التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان
كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى
المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه
لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي
وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ
رشيدا ثم صار سفيها قال وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما
ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذا
السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل ان الحجر عنده بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب
الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا
من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد
العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب السعاية لانه
لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده
جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه
واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه
بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه
محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة
ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة
الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا
التفصيل قال وان تزوج امراة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من
حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل

لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض
الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا
اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه
لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي ارحامه
لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه
لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من
نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه
لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال
بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا
الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال وان اراد حجة الاسلام لا يمنع منها
لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة
من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها
استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران
لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا
عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزئه غيرها وهي جزور او بقرة قال
فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة
انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية
المنتهي قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري
سواء وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية
والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الاية وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة
المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم
ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا
يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

قال وبلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطي فان لم يوجد
ذلك فحتى يتم له ثمانية عشر سنة عند ابي حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام

والحبل فان لم توجد ذلك فحتى يتم لها سبعة عشر سنة وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا تم للغلام
والجارية خمسة عشر سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام
تسعة عشر سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشر ويتم له ثمانية عشر فلا اختلاف وقيل فيه
اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسعة عشر سنة اما الغلام فلان البلوغ
الانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكونان الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل
ذلك كله علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشر سنة وفي الجارية تسع
سنين واما السن فلان العادة الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى
حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثمانية عشر سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعه
القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع
فنقصنا سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي توافق واحد منها المزاج لا محالة قال
واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه
احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل
قولهما فيه كما يقبل قول المراة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة لا احجر في الدين واذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه
والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له
مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن
يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس
الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على
السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى
قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع
لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه
بالحصص عندهما لانه البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي
منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين
لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطرق كيف ولو صح البيع كان



الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال
وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من
غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله استحسانا والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب
الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر
الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف سلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا
بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في
الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدا بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين
مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية
وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في حال الحجر باقرار
لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين ولا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار
لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره
فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى
زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت
لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء ٥
قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي
حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجهه في كتاب
ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان قام البينة انه لا مال له خلي
سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته
وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه
فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كان له جارية وفيه موضع يمكنه وطيها لا يمنع منه
لانه قضاء احد الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد
خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلم لصاحب الحق يد
ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال وياخذون فضل كسبه يقسم
بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا ان

يقيموا البينة ان له مالاً لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى
الميسرة وعند ابي حنيفة لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود
على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة
اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله
في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في
موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان
الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار
الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان
يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه
ولو كان الدين لرجل على امراة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امراة امينة
تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع
اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه
عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد
معاوضة ومن قضيته المساواة فصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين
وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين
وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم
لان الاستبدال ممتنع فاعطي للدين حكم العين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف
لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره
عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك
مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على
المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه
لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع
ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا

للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه ماذونا
فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر
عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر
التجارات ومعنى هذه المسألة ان يقول اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان
التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل
التجارة ولو باع واشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش
عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر
من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه
فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون له ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال
اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة
ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة
والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشرا
لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفا
واستيفا ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع
التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه
يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع
المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي
هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله
فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يحجر به والرهن لانه يحبس فلا
يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا يحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه ٥
قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي
لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر
لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو
الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط
الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع

بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال الغير فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو
الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه
يخلفه المالك فيه واذا اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يامره
بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا يسند عليه باب
الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر
لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن
بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع قال ــــــ واقرار
الماذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح
لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بينما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار
في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب
التجارة لانه كالمحجور في حقه قال ــــــ وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة
قال ــــــ ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه يحصل المال بمنافعها
فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج
العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب
والوصي قال ــــــ ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل
فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه
ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ــــــ
ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا
يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء او انتهاء
او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال ــــــ الا ان يهدي اليسير من الطعام
او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور
عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ان المحجور عليه
اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف
ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمراة ان
تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة

قال ــــــ وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما
يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع
محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج
اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين وجب لانه من عادة التجار قال ــــــ
وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع
ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت
مال قد كان له وذلك في تعلقه بالدين بكسبه حتى اذا فضل شيء عن الدين يحصل له لا بالرقبة
بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا
ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك
والجامع بينهما دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن
وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم
الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق
بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه
يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في
معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان الغصوب والودائع والامانات
اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به
قال ــــــ ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها
بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة
به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل
قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد
فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط
الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب
والزيادة على غلة المثل يردها الى الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال ــــــ
وان حجر عليه لم يصر محجورا حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتاخر حقهم الى ما
بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه

حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه
الذي علم بحجره لم يصح ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع
الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرساله من الرسل عليهم
السلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به
حيث يلزمه قضا الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في
الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر
قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا عليه
لان الاذن غير لازم وما يكون غير لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتدا هذا هو الاصل
فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقا وهي تنعدم بالموت والجنون وكذلك باللحوق
لانه موت حكما حتى قسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه
وقال الشافعي يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن فكذا لا ينافي البقا وصار
كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضيه
دينه بكسبه بخلاف ابتدا الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها
وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت
الماذون لها من المولى فذلك حجر عليها خلافا لزفر هو يعتبر البقا بالابتدا ولنا ان الظاهر انه
يحصنها بعد الولاده فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتدا لان الصريح قاض على
الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرما اذ به يمتنع البيع
وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها
المولى فهي ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبره
ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررنا في ام الولد قال
واذا حجر على الماذون له فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة ومعناه ان يقر بما
في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر
ابطلها لان يد المحجور غير معتبره وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره
بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح

اقرار

اقرار الماذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن
حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة
وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا
باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما
فيما باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في
يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه
وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية الماذون لها
وهذا ايه كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين
بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه
عن حاجته كملك الوارث على ما قررنا والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه فاذا عرف
ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما ضمن قيمته للغرما لتعلق حقهم به قال
وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى
عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا
يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من المولى شيا بمثل قيمته جاز
لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا
حابى الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث
لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرما
تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شا
ازال المحاباة وان شا نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سوا ووجه ذلك ان
الامتناع لدفع الضرر عن الغرما وبهذا اندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة
اليسيره حيث يجوز ولا يومر بازالة المحاباة والمولى يومر به لان البيع باليسير منها متردد بين
التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق
الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى
يجوز ويومر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد الماذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن
في البيع من الاجنبي وهو اذن بما شراه بعينه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرما وعنده ان الفرق على اصله

قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان
عليه دين يحيط به ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن
المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلمه اليه قبل قبض الثمن بطل
الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى
على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال
وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء
وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او بنقض
البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة يتعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى
المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به
حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم
المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان
حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم
يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال وان باعه المولى
وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا
المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع
والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن
لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على
المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم
وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرده على المالك ويسترد
القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا
البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر
والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن
فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال فان كان البائع غائبا
فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر

الشفيع والموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة لابي يوسف انه
يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما
فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع
لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر
ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس
الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق
العبد على ما بينا فان حضر فقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو
محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في
البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره
لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة
وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فيتحقق
الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاهما الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع
صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا
سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة
بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض
كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد
الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في
نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف
صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح
والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر
والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا
بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار
العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة
الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه وفي الشريعة اخذ مال متقوم
محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون
الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد
فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ـــــ ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل
والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا
لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى ولان المثل
اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال ـــــ فان لم يقدر على مثله فعليه
قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي
يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب
المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا
يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته
يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته
عند ذلك قال ـــــ وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة
لانه تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي
المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له
وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه
السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود
وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه
قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي هو القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في
بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها
حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك
بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن
متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة
قال ـــــ والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة
اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد

يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال
يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب
على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل
في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في
العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسألة
الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال ـــــ
وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه
لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها
واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال ـــــ
واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال
رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان
شاء الله تعالى قال ـــــ واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه
وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا
لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة اذ
يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل
جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في
مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما
الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال ـــــ رضي الله عنه ومراده
غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا
قال ـــــ ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق
بالغلة قال ـــــ رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا
آجر المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك
لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك
المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة

في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث
بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة
في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه
الى حاجة نفسه فلو اصاب ماله يتصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا
شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم
اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله
ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما
خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك
اليه قبل التصرف لانعدام سببه الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين
بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب
اذا اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق
اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعين لا بد ان
تتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل
حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى بالالف
جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين
عند اتحاد الجنس والله اعلم ۵

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها
وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها
او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال
الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه
النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه
عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته وللشافعي ان العين باق فيبقى على ملكه
وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور
فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة
وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه

تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت
من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة
لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه
وقوله لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول
الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق
للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلم في الشاة المذبوحة
المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة
الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الرضى حسما
لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل
يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به
وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه المالك لوجود الرضى منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف
اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل اداء
الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة
يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب فضة او
ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها عند ابي حنيفة فياخذها ولا شيء للغاصب
وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة متقومة معتبرة صير حق المالك هالكا من
وجه الا ترى انه كسرها وفاتت بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات
والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية
وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعة
دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ۵
قال ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال
الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه ومن وجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب
بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط
بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال
الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى

على نقض الساحة يتضرر لانه يتعدى فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح
قال ــــــــ ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء
ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يديهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه
انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقا بعضها
وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب
طرفها كان للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف
المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف
قال ــــــــ ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين
قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه فان خرق خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه
ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه
ومعناه يترك الثوب عليه وان شا اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث
ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة في الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة
المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة
واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في
الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ــــــــ ومن غصب
ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البنا والغرس وردها لقوله عليه السلم ليس لعرق
ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق
فيها ولا بد للملك من سبب فيومر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت
الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البنا والغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه نظرا
لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بنا او شجر يومر بقلعه لان حقه
فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبنا وتقوم وبها شجر او بنا لصاحب الارض ان
يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ــــــــ ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا
فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمهما للغاصب
وان شا اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه
ان يمسكه ويامر الغاصب بقطع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان

التمييز ممكن بخلاف السمن والسويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية
الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب اصل بخلاف الساجة بني عليها
لان النقض له بعد النقض اما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح
لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ــــــــ
ابو عصمة رحمه الله في اصل المسألة ان شا رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض
وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين
رعاية الجانبين في البيع ويثبت هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه
في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم
فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا
وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو
نقصان عند ابي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان
ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف
في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجع
بالصبغ الى عشرين فعن محمد انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة
ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرتها الصبغ

فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا
يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل
بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر
لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضا لكن البيع بعده يصادف القن
قال ــــــــ والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة
وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك
لانه اثبته بالحجة الملزمة قال ــــــــ فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد
ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو
للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار
قال ــــــــ وان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شا امضى الضمان

وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا قال ـــــ ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملك الغاصب فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال ـــــ وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه او اكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعد لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها وتجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال ـــــ وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا

وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ـــــ ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة ايضا لان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرنا شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب ٥ قال ـــــ ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رحمه الله يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه الماخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين ٥

فصل في غصب ما لا يتقوم

واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال ـــــ الشافعي لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعها الذمي من الذمي له انه سقط تقومها في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في

حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة ولحرامنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع
معتذرا لالزام واذا بقي التقوم فقد وجد الاتلاف مال مملوك متقوم فيضمن بخلاف الميتة والدم لان
احدا من اهل الاديان لا يدين تمولها الا انه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان
المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي
غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف
العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف
متروك التسمية اذا كان لمن يستبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال ــــــ وان غصب من
مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير عوض ويأخذ جلد
الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خلله بالنقل من الشمس الى الظل ومنه
الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرض والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا
التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ
اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء
ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا
فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في باب المبيع قال ــــــ
وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ
فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم
ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلما انه باق على ملك
المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ
فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب
الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا اذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطى
ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويوخذ
منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب
وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ
فيه فكان حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا
التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع

للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما
كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على
الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب
لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز
الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد
مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه
بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه
الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه
وجه الاول ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تنفرد عنه واذا صار الاصل
مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب
ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا ان
يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد ولو
استهلكه لا يضمنه عند ابي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد
ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم
يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل
في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء
عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه
وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك
غيره وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير
شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ
وقد اثبتناها في كفاية المنتهي قال ــــــ ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا
او دفا او اهرق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو
فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في
الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي

اذن طبخه وهو الباذق عن ابي حنيفة روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة انها اموال لصلاحها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب ٥

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاج عن خطة

آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملاصق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا لانه كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى

بثمنا بلغه وعلمه ملك غيره لا يجعل ثمره من ثمرات ملكه بخلاف الثمر واشباهها ولو اسقط بعضهم
حقه فهي للباقين في الكل على عدد رؤوسهم لان الانتقاص للمزاحمة مع تمام السبب في حق كل واحد منهم
وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضي بها بين الحضور على عدد رؤوسهم لان الغائب لعله لا يطلب وان
قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضي له بالنصف ولو حضر ثالث فبالثلث بما في يد كل واحد منهم تحقيقا
للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي
بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة
تجب بعد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه
ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه
حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر
بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض ولا بد من الاشهاد والطلب
ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه
الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك
للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة
هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة
قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا
يستحقها في الثالثة لانعدام الملك اذ ثم قوله تجب بعد البيع تبيان انها لا تجب الا عند معاوضة
المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله اعلم

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان
الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته
لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه
فقرأ الكتاب الى اخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه رحمه الله
ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد من
زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله
لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث

لافتتاح كلامه ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب
فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه
ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة
الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة
او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره
رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد
حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله
واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا
اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد
لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه
على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم
ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على
المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان
للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع
المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة
هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها
الان فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا
يصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى
قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف
وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن
ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من
مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط
بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه
بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب
وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق

والمراد بقوله في الكتاب يشهد في طلب
والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد

واصل الاختلاف في عزل الوكيل

والثاني طلب التقرير والاشهاد

عدم امكان الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة

في استقرار الشفعة بعد الاشهاد على احد هؤلاء الثلاثة

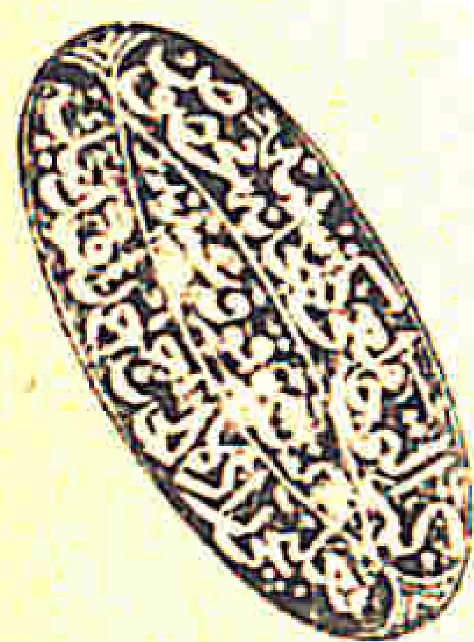
في صورة طلب الاشهاد ان يقول

عدم صحة المطالبة الا في معلوم

والثالث طلب الخصومة والتمليك

ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب

وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد قاضي لم تبطل شفعته بالتاخير لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال ـــــ واذا تقدم الشفيع الى القاضي وادعى الشرا وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال ـــ رضي الله عنه يسئل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسئله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الان تم دعواه على ما قاله الخصاف رحمه الله وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال ـــــ فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه الدار التي بها يشفع وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال ـــــ فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال ـــــ وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضا على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضا ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضي بالدار للمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضا عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي قال ـــــ



وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بنا عليه ولكنه يتحول الصفقة اليه ويصير كانه المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله قال ـــــ ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال ـــــ الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البائع وكيلا للغائب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال ـــــ واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار كما في الشرى ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاط حقه ۞

فصل في الاختلاف

قال ـــــ وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه

استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي لنفسه شيئاً ليخير بين الاخذ والترك ولا نص هنا فلا
يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة
بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا
تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع
المشتري لانه لا توالي بينهما عقدا الا بانفساخ الاول وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع
وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي
عن محمد واما المشتري من العدو فلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم
فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك الا بفسخ الاول اما هنا بخلافه
ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال
واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع
وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت
الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق
الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في
مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان
ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ
القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق
الشفيع قال وان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت
الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي
الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع
بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت
الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت
الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من
البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال واذا حط البائع
عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط ذلك عن الشفيع

لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن
ما بقي وكذلك اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع
عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه
في البيوع بتوفيق الله تعالى قال وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة الشفيع لان
في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه
منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم تلزم الشفيع
حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا
بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل
او موزون اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت
للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعي بالقدر الممكن كما في الاتلاف
والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ
الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه
بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال
وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال
بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا فلا اجل فيما بين الشفيع
وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه
كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع
والبائع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع
اذا اشترى

ثم ان اخذها

لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفاً له لتبعه
فيكون حقاً للبايع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر
كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما بيناه من قبل وان اخذها من المشتري
رجع البايع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع
فبقي موجبه فصار كما اذا باع بثمن حال وقد اشتراه مؤجلاً وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان
لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب ان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ
اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد خلافاً لقول
ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ
في الحال بان يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال وان اشترى ذمي داراً بخمر
او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة
فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول
بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلماً اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير
فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلماً وذمياً اخذها
المسلم بنصفها بنصف قيمة الخمر والذمي بنصفها بمثل الخمر اعتباراً للبعض بالكل ولو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة
الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه
ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصل

واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار
ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعاً وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رح انه لا يكلفه
القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رح الا ان عنده له ان
يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف رح انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من
احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراءً فاسداً وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف
القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية
انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في
المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته

بخلاف

بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف
ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياساً وانما لا يقلع استحساناً
لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب قال
ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس
لا على البايع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البايع والمشتري
والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البايع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من
المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترقت واحترق البناء او جف شجر البستان بغير فعل احد
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن
ما لم يصر مقصوداً ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي بحصته
لان الغارق بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها
وان شئت فدع لانه صار مقصوداً بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان
ياخذ النقض لانه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً قال ومن ابتاع ارضاً وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع
لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع
في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار وما كان مركباً فيه فياخذه الشفيع قال وكذلك
ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعاً لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد
المبيع قال فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعاً لانه لم يبق تبعاً للعقار وقت الاخذ
حيث صار مفصولاً عنه فلا ياخذه قال في الكتاب فان جده المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا
جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصوداً فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني فياخذ ما سوى الثمر بجميع
الثمن لان الثمر لم يكن موجوداً عند العقد فلا يكون مبيعاً الا تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله
لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة
انما وجبت دفعاً لضرر مؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يحتاج الى الشفعة
انما وجبت دفعاً لضرر مؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك

الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سبب الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم
وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على
مالك رح في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه
في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له
فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار
يلتحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا
يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض
هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما ملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر ولا شفعة

فصل قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر بها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق
عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع
وقلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في
البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا في دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه
ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم
لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه
بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا
فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رح وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ
النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى
ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها
باقرار او سكوت وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها
لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء
ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده
بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها
عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض

مشروط

مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا العوض شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة
بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع
بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط
الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع
زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد
ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما
البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فاذا اخذها كان
اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح
الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر الشفيع الدار الاولى فله ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية
قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال
الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار
للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال
المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع قبل الحكم بالشفعة ثم بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا باع بعده لان بقاء
ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري
قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه
لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر
والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري
بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة
في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع
الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث ومراده الرد بالعيب
بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف في الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار
رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة
لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل

في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهو المخير موجود في القسمة

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم
وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك
ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتعاقدين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على
عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق
اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص
لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين
لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في
رواية وفي اخرى لا يبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هي رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في
موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات
في المبسوط
بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول
ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب
الشفعة بدونه وان مات المشتري لم يبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي
او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته قال واذا
باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا
يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره
بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا
ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في
نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع
وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا
شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف
درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن
في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب
بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف درهم او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان
انها

او دنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل
ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم
يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية
لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

فصل

واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له
لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة
للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع
السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة للجار بالثمن دون الثوب لانه
عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى
بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه
ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في
اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وعند محمد يكره لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف
انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكاة

فصل في مسائل متفرقة

قال واذا اشترى
خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض
تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين
ما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق
اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة
في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وهنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ
الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة
والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين
نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام
القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع
ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة

لانه انما ياخذ اذا وقعت في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة
وكذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فنزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء
اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف و
قال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل
بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع
الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر
بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا
اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه
لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من
غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه
فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه
فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما
اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر
القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهو
وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان
كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق
لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به
قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم
بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق
بالناس وابعد عن التهمة قال ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي
بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على
العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية
لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الاجر غاليا بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل واحد منهم اليه خيفة الفوت
فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره

كأجرة

كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب
الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب
وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت
وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم
دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه
يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم
ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول
الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم
ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى
ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض
الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع
اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع
في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البايع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على
الغائب قال واذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك
لغيرهم قال هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة
لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح
لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان
واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا
يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا
للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم
يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشراء والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه
بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه
فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدا ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه
فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا
كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما
من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما هو مستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق

في هذه الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام
البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين لما بينا ولو كان
الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها و
طلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي
كان حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه فصل فيما يقسم وما لا يقسم قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع
بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل فان كان ينتفع احدهم و
الآخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه
والثاني متعنت في طلبه فلا يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر
نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب
وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا
تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من
صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين
بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون
الجبر القاضي ويقسم القاضي كل مكيل او موزون كثيرا وقليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر
الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني
لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم
ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هو لا يتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا
بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوب ونصف ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة
البعض دون البعض وذلك جائز قال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد
الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم له ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس
المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم
جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغنم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة
ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ و
اليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل الجواب
يجري على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة

اوخالع

بجبر

او خالع عليها لا يصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاوجب ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان
يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا
فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها متلازقة كانت
او متفرقة في قول ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة
المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى
فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران
والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج
على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت
على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين
لا يجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة
او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه
بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا
قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات
الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان او تبنى
حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة فصل في كيفية القسمة وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه
حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره
ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم
بنصيب البعض تعلق فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه
بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم
الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا
جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه في كفاية المنتهى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه
وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله والقرعة لتطييب القلوب وازاحة

التهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معنى القضاء فملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا برضاهم اي
بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين
العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن
اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في
نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال
ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي
فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك
الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في ملك الآخر او طريق لم يشترط
في القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود
منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق
في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر
وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرورة فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق
حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي
الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتمليك المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز
وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بلا ذكر التنصيص لان
كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم
في القسمة وان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية
دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريق بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره
جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء
الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل نصيبهما انصافا لان القسمة على التفاضل جائزة
بالتراضي قال وان كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا
معتبر بغير ذلك قال رض وهذا عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف انه يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا
يصلح له العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان

يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في
المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع
بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة
والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى وجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات
العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء
على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان
فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى على قول محمد وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسألة الكتاب
ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل
فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة
ذراع فيساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع
لان العلو مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لان ضعف العلو فيجعل بمقابلته مثله
وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو
والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف
المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رض هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول
ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما
فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على
فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزم بالقبض
والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه قال الطحاوي اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض
المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة دعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول
هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما نفعا لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما
الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر
القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الالزام على الآخر كان منكرا
باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد

صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة
فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة
في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رحمه الله ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار رحمه الله من بعد وان
قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني
الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف
في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكر من احكام التحالف فيما تقدم ولو
اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لدعوى الغبن ولا معتبر له في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت
القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد
طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان
اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد
على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما
بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع فصل واذا استحق بعض نصيب
احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة
قال ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض
شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق
فهذه ثلثة اوجه لم يذكر قول محمد وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق
بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق
جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين
ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في
الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه
فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز وكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء
معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما هنا
لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر
وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على
صاحبه

صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف
وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا
وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة
تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه فهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه
قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير
محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة
في ايفاء حقهم ولو ابرأ الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان
المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة
تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا
فصل في المهايأة المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبهت القسمة ولهذا
يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع لكل منهما في زمان واحد
والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو
وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه ابلغ ولا تبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما
لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة
وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه
افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك
في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا
في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ
من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفا
الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في عبدين على ان يخدم
هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة
وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا
لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانه يتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو
تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط
الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا

وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة لا يجوز التهايؤ
فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر
ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة
وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان له ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت
الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في ركوب دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره
فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد
وفي الدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في
العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها
في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما
في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة في الاستغلال من بعد
والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف
الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب
الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في
العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان
في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونه
عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده
خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما
طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر
قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي
نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز كتاب
المزارعة قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع
وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي انه عليه السلام
عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد الشركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا
بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد
المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز

القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة له ما روي
انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون
في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام
اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده
فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة
وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر ~~لانه نماء ملكه~~
~~وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما~~ من قبله فعليه اجر مثل
الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر
كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها وظهور تعامل
الامة والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على
قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان



المقصود لا يحصل بدونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من
اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل
والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل
والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر
قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع
العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا
بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لم يعلم لا يستحق شرطا بالعقد
والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو
شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة
في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع
هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر
ليصير الاجرة معلومة قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت
الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة



جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان
كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض
معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر
والبقر لواحد والعمل من آخر جاز لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر
خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر
والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا
لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه
الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها
يحصل بها النماء ومنفعة البقر من جنس صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى
فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان
فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر
لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد
به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد
فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات
الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه
قال ــــــــ ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما
شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع
الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة
لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين
لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم تخرج الارض الا قدر البذر
وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا
شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي
الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية وكذلك ان شرطا
ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين
افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط

خ الانفراد

بياض صحيح صحيح صحيح

بياض صحيح صحيح



لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط
لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن
وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو
المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة
فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط
والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف
فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم مقامه بشرط الاصل ولو شرطا
الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت
لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط
قال ــــ واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام فان لم تخرج الارض
شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة
فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة
بعدم الخارج قال ــــ واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه
واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ــــ ولو
كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط
الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه
استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان
من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد
فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على
الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل
الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة واذا استحق رب الارض
الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل من ارض مملوكة له وان
استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من
البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب
له وما لا عوض له تصدق به قال ــــ واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر

من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر
اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفا
بالعقد ضرورة والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة فيفسخ به
المزارعة قال ــــ ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع
الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء
العامل لانه غره في ذلك قال ــــ واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة
اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في
السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الزرع في يد المزارع حتى يستحصد الزرع
ويحصد على الشرط وينتقض المزارعة فيما بقي من السنين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى
مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيها
على القياس ولو مات رب الارض قبل المزارعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت
المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله
تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة
وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد
وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع
الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من
الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم
يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال ــــ واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك
كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع والنفقة على الزرع عليهما على مقدار
حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه
وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف
ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد
في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك
العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو
متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه

من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون
بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع
من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض
بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت
ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض
ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا
والمالك على الخيارات الثلاثة على ما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس
والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما
ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه
ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشتركا بينهما ولا عقد
فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد
كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل وهو للتعامل
اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا هو الاصح
في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه
بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه
وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح
والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ
على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك
ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه
ولو ارادا فصل القصيل او جداد الثمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا
العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك ٥

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر
مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيه كالكلام
في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة

والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة
في الربح دون البذر بان شرط رفعه من راس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا
المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس
فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان لو لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر
يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك
البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة
بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة
وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة
لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول
رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها
تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط
جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيه فسدت المعاملة
لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتاخر عنها
جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد
وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطا في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك
في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد
صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا يجوز الا في الكرم والنخل لان
جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر
لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص
ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا
ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة
بالاضافة الى صاحب البذر لما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة
والثمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز
وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك

فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال وان فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الاخر ولو الزم العامل الضرر يتخير ورثته الاخرين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سوا وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فتفسخ ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس

لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق اخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم ٥

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها تنبئ عنه ومنه قوله عليه السلم ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذه اية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع وشرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شا الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه وان كان صبيا او مجنونا او امراة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سوا لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر ٥

قال ولا يوكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوة قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يوكل ما ذبح من الصيد في الحرم والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنع محرم فلم يكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يومن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم ٥

قال وان ترك الذابح التسمية عامدا فالذبيحة ميتة لا يوكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي يوكل في الوجهين وقال مالك لا يوكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك

التسمية سوا وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا
القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا
وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر انه يحرم ومن مذهب علي وابن
عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم
الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا
للاجماع له قوله عليه السلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما
سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي
ولنا الكتاب ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بيناه والسنة
وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلم قال في اخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم
على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله احتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل ولكنا نقول
في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع عن مجرى
على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في
حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان
ثم التسمية في الذكاة الاختيارية شرط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد يشترط عند
الارسال والرمي وهو على الالة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون
الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز
ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح
باخرى اكل وان سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يوكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله
تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا
لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة
لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية
ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او
بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا
عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي
عن النبي عليه السلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ

والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال
عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعا وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل
ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية
وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس في قوله تعالى
فاذكروا اسم الله عليها صواف قال الذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس
بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله قال والاصل فيه قوله عليه السلم الذكاة ما
بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل
سوا قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله
عليه السلم افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقل الجمع الثلث فيتناول المري والودجين
وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع
الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط
قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا لا بد
من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف
في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان
قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان
يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع
الثلاث اي ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر
اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود
الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب
احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المري فانه مجرى العلف والماء والمري مجرى
النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها
فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح
لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة
التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة
قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه

يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا
الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع
ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه
محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو
المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في
معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا
فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وبكل شيء انهر الدم الا السن القائم
والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على انها ميتة
لانه وجد فيه نصا وما لم يوجد فيه نص يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يقول
يكره او لم يوكل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب
الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم
شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه راى رجلا
اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها
قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتوكل ذبيحته وفي
بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهية فلما روي عن النبي
عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر
مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك
وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم
لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد
يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو
زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته قال فان ذبح
الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة
الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم توكل لوجود
الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استانس من الصيد فذكاته الذبح وما
توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة



الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن
ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك انه لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن
نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي
الكتاب اطلق فيما يتوحش من النعم وعن محمد ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت
في المصر لا يحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر
والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند
اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال
والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره
اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة
لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال
ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة
وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول
الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها
حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاء الام ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام
ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله
انه اصل في الحيوة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب
الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود
من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا
يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر
وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة
ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز
اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب
من الطير وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول
سباع الطير والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد
عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني ادم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل

ويدخل فيه الضبع والثعلب وهو حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع
وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال
ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف
وكذا الغداف وقال ابو حنيفة لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف
انه يكره لان الغالب من اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة
والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلم نهى عائشة
رضي الله عنها عنه حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من الموذيات
والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شي وانما تكره الحشرات
كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال
لما روي عن خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي عليه السلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير
وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلم اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر
قال ويكره اكل لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي لا باس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك
الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب
له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد والترجيح
للمحرم ثم قيل الكراهية عنده كراهية تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه
فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل
الارنب لان النبي عليه السلم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه
ليس من السباع ولا من آكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يوكل لحمه
طهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الادمي فلحرمته وكرامته
والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا توثر في جميع ذلك لانه لا يوثر في
اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي
ولنا ان الذكاة موثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم

فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي
اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده
خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا
خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يوكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يوكل
من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة باطلاق ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير
والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في البيع والاكل واحد
لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلم في البحر هو الطهور
ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم
فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان
والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة
فيما روي محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلم احلت لنا
ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال
ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة
البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلم
انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن
جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته مضافا الى
البحر لا ما مات فيه ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة له
وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب
على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسيل
علي رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كل كله
وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من
غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات
بآفة يحل كالماخوذ وان مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع
كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند الامام بعض المطرز عليه منها اذا قطع بعضها فمات

فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بالآخر وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال
وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن
نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى
الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي
وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة
مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلم من اراد ان
يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها
لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية
كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلم من وجد سعة ولم يضح فلا
يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة تضاف اليها ومنها
يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب
هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على
المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما
روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما
قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر
وبالاسلام لكونها قربة والاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره
ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين
مقداره ان شاء الله ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه لما بيناه وعن ولده الصغير
لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة ويروى عنه
انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه
ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير
بسبب الغير ولهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال
يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضحي
من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز

التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع
فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه
ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم
شاة او يذبح بقرة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة او بدنة ع
وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في
الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد في الاصل
لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه
وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع ولا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة
في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا
اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلم على
كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت
لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت
البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا
له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا
اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال ولو اشترى بقرة
يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه
الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم
بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع
والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في
القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال وليس على
المسافر والفقير اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا
مسافرين وعن علي رضي الله عنه انه قال ليس على المسافر جمعة ولا اضحية
قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل

الامصار الذبح حتى صلى الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل
فيه قوله عليه السلم من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه
واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلم ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير
ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال
التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليهم وما رويناه حجة
على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان
الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا
بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر
لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك
النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر
لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد
ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانه صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم وكذلك
على هذا عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في
ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلم ايام
التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام
النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار
تعارض فاخذ بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوه ولان فيه مسارعة الى اداء
القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة
الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق
لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة
او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانه يفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها
في الاوقات كلها فنزلت منزلة الصلوة والطواف في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر
ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم
يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب
عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية ٥

قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه
السلم لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي قال ولا يجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله
عليه السلم استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل
مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي
اكثر الاذن جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل
عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من
الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث
تنفذ فيه الوصية من غير رضى الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا
ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه
السلم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من
النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله
وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع عنه الى قول ابي
يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو
عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان
لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا راته من موضع اعلم
على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا راته من مكان اعلم
عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال
ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذلك مكسورة القرن
لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح عن النبي عليه السلم انه ضحى بكبشين املحين موجوئين
قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود
اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان
في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها
عن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه
الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز ان كان يزا

لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه
العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها
وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى
الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا
الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية فعلى الموسر مكانها اخرى ولا شي على الفقير ولو ضلت
او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما
ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي
لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة
فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل
بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا
ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلم ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من
ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلم ضحوا بالثنايا الا ان يعسر
على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلم نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا
اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيات تشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له
ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة
ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين
الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال
واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل يوم النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم
اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن
سبعة لكن من شرطها ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة
عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير
عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلم ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه
الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا
تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس
ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت

لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء للميت
ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام الولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها
الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة
فكان قربة قال وياكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه
السلم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان
يوكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا
والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم اثلاثا قال ويتصدق بجلدها
لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع
به غير محرم ولا باس ان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما
ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير
اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع
الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله
وقوله عليه السلم من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام
الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلم لعلي رضي الله
عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى
البيع ويكره ان يجز صوفها قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها
بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في
الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه
فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلم
لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب
قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وانه ليس من اهلها ولو امره فذبح
جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من
اهل الذكاة فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية صاحبه
اجزاه عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل
له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان

يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما اذا ذبح
شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان
يضحى بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا
للذبح اذنا له دلالة لانه يفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح
شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا
يرضى به قلنا يحصل له مستحبان اخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا فيرتضيه
ولعلمائنا رضي الله عنهم من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته
او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو
وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط
الدابة عليه او رفع الجرة واما لها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار
فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على
دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا
فنقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير امره صريحا فهي خلافية زفر
رحمه الله بعينها ويتاتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه
ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما
لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما
ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا
لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب
شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى
بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك الا بعد الذبح ٥

كتاب الكراهية

قال الشيخ الامام الاجل رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله
نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي
حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل والشرب

٥ قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها

وابوال

وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف انه لا
باس بها للتداوي وقد بيناه هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن
متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والطيب في
آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلم في الذي يشرب من اناء الذهب
والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة
فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في
الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بنعيم المترفين والمسرفين
وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذا
الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك
كالمكحلة والمراة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا باس باستعمال آنية الرصاص
والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به
قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز
الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي
المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا
وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول
محمد يروى مع قول ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب
والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمسجد وحلقة المراة او جعل المصحف
مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب
فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا
باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل
موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة
المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له
مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه
اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد
فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه

ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في
الحرمة قال ___ ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والصبي والجارية لان الهدايا تبعث
عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب
في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت
جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق فيما اذا اخبرت باهداء
المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ___ ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل
في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس
فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما
عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات
فجاز ان يشترط زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا
يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا
بالمعاملة ولا يتهيا له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي
ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال ___ ويقبل فيها قول
العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن
المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبر مسلم مرضي
لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا
وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط
بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب
بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم
يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ___
ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثم لعبا او غناء فلا باس بان يقعد وياكل قال ابو حنيفة
ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد
عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان
حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر صبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم
يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن
ابي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان
يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور
ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت
المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان
الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال ___ ولا يحل للرجال
لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق
له في الاخرة وانما حل للنساء بحديث اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي رضي الله
عنه ان النبي عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي
حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلث اصابع او اربع كالاعلام
والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع
اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير ولا باس بتوسده
والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر
قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه
على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الجبابرة والاكاسرة والتشبه بهم حرام قال
عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة من حرير
وقد كان على بساط عبد الله بن عباس مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا
القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ___ ولا باس بلبس الحرير
والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رحمه الله انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج
في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه
ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته
حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ___
ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله
عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت
هي المعتبرة دون السدى وقال ___ ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى

يحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه
غير حرير فلا باس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا ٥
قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم
والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من
جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص
على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام وراى رسول الله عليه السلم على رجل خاتم صفر
فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام وراى على اخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية
اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر
واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا عن علي
رضي الله عنه ان النبي عليه السلم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة
ضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبر لان قوام
الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان
لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان
يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه
لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل
منهما وعنه مثل قول ابي حنيفة لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا
من فضة فانتن فامره النبي عليه السلم ان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه
التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهو الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة
فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان
الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها
حرم سقيها قال ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي
يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر
وصار كالتربع في الجلوس ولا باس ان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك
الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال شاعرهم ٥

لا ينفعنك اليوم اذ همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم ٥
وقد روي ان النبي عليه السلم امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض
الصحيح وهو التذكر عند النسيان ٥

فصل في الوطي والنظر والمس ٥

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم
والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء
الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا
تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدميها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يباح لان فيه بعض
الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة ٥
قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلم من
نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر
من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او
كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام
الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلم من مس كف امراة ليس
منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا
لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه
كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير
رضي الله عنهما استاجر عجوزا تمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على
نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا
كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد
ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء
حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها
لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل
يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج
امراة فلا باس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلم ابصرها فانه احرى ان يودم بينكما

ولان مقصوده اقامة السنه لا قضا الشهوه ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة
وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها
سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار
كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة
ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه امارة المرض
قال ــــــــ وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلم
عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست
بعورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر
محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه بالعادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافها وقد روى
ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلم انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله
عنهما سرته فقبلها ابو هريرة وقال عليه السلم لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة
ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في
الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه
برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من الرجل
يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سوا قال ــــــــ ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر
الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستوا الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب
والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه
لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي او شكت
في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر
وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى
الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير
موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضا
الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال ــــــــ وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز
للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل
وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المراة الى المراة كنظر

الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال
بالاعمال والاول اصح قال ــــــــ وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها
وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلم
غض بصرك الا عن امتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر
اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلم اذا اتى
احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود
الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة
قال ــــــــ وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين
ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن
الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد
والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها
ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمراة في
بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى ذلك الى الحرج وكذا
الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراها لانها لا تنكشف عادة والمحرم
من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة
لوجود المعنيين فيه وسوا كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال
ولا باس ان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية
بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة
الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلم العينان
تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنى بذوات المحارم
اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلم لا تسافر المراة فوق ثلثة ايام
ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلم الا لا يخلون رجل بامراة
ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب
والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة
فان خاف على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها

يمنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها تتلفف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد
الثياب تدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال ويجوز للرجل ان ينظر من مملوكة غيره الى ما
يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها
فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المراة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر
رضي الله عنه اذا راى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين
بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح
الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها
في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة
كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح
كما في المحارم وقيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله
في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا باس ان يمس
ذلك اذا اراد الشرى وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع
الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة
ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رايه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشرى
يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار
ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت تشتهى
وتجامع مثلها فهي كالبالغة ولا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال
والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا
يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يساحق وينزل وكذا
المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله
المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر
من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي
الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير
استئذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة
والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن

وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال
ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلم نهى
عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء
حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة
في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته
امة غيره فقد ذكرناه في النكاح ٥

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى
فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلم في سبايا اوطاس الا
لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة افاد وجوب الاستبراء
على المولى ودل على السبب في المسئلة وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود
في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن
الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء
محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية
ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر
مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد
فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد
باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشرى والهبة والوصية والميراث
والخلع والكتابة وغير ذلك وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك
وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام
على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر فيه تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا
لا يجتزى بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشرى او غيره
من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي
يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزى
بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل
بعد القبض في الشرى الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية

للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام
العلة ويجتزى بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها
بعد الشرا ثم اسلمت المجوسية وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث
الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبرا اذا رجعت
الآبقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو
استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما
ولهذا نظاير كثيرة ذكرناها في كفاية المنتهى يسر الله تعالى واذا ثبت وجوب الاستبرا
وحرم الوطي حرم الدواعي لافضايها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور
الحبل ودعوة البايع بخلاف الحايض حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في
غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراه
قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها
لا يحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف
المشتراه على ما بينا والاستبرا في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالاشهر
لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنايه بطل الاستبرا بالايام
للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها
تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل
يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشرا وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا
بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله قال
ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبرا عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في
الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البايع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد
فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشرا ثم يشتريها ولو
كانت فالحيلة ان يزوجها البايع قبل الشرا او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها
ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد
بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبرا وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود
السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمسها ولا يقبل ولا

ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضا اليه
لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطيت بشبهة
بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر
العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان
النبي عليه السلم كان يقبل بعض نسايه وهو صايم ويضاجع نساه وهن حيض قال
ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة
ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا
ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا
يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم ولذلك لا يجوز الجمع بينهما في
الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل
فاذا قبلهما فكانه وطيهما فليس له ان يجامع احداهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا
قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره
بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا وقوله بملك اراد به ملك
يمين فينتظم التمليك بساير اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل
لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق
في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا يحل الاخرى
لانها لا يخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احداهما
نكاحا فاسدا لا يحل له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة
كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احداهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا
بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة
الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيا منه او يعانقه
وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما
روي ان النبي عليه السلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه
عليه السلم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل
التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا باس به بالاجماع

وهو صحيح قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلم من صافح
اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه والله اعلم

فصل في البيع

قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين
ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي
لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط
هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط
بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها
وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها منه ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع
له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال
اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة
واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر
رأيه انه كاذب لم ينبغ له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا
لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة
قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر فيه اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب
اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل
ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك
في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر
الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع هذا لو اشتراها يرجى ان
يكون في وسعه من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها
ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له
وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من
دليل ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة
واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد
التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت
عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر

ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا اذا قالت جارية
كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج
حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان
وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع
سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار
فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارضعت
من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام لا يدل على انعدامه فلم
يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها
في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها
لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها
وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان
البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا
يحل له اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل
الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر
الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان في بلد لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه
السلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال
حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر
بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل
لان النبي عليه السلم نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار
سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة
والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف كلما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار
وان كان فضة او ذهبا او ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر
حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت
لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين
يوما لقوله عليه السلم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر

لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم
بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان
قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ـــــ ومن احتكر غلة ضيعته او
ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا
يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في
المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في
الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم
تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ـــــ ولا ينبغي للسلطان ان يسعر
على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد
فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع
الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه
عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس
فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين
الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع
باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون
الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على
المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا
حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ـــــ ويكره بيع السلاح في ايام
الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا
يعرف انه من اهل الفتنة فلا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ـــــ
ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في
ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ـــــ ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او
يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك
لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا
معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم

لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام
فيها بخلاف السواد قالوا هذا اذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سواد غيرها
فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ـــــ ومن حمل لذمي خمرا
فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان
النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار
وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية
قال ـــــ ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا
بأس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي
بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرمة
محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها
فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص حق الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر
ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من
احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له
ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا ونهى رسول الله عليه السلام عن
قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك
لا شيء على الآخذ **مسائل متفرقة** قال ـــــ ويكره التعشير والنقط في
المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير
والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا
لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ـــــ ولا
بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل
قال ـــــ ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك وقال
مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم
هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا
يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد
ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور

استيلاء واستعلاء اوطا بغير عزاة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ـــــ ويكره استخدام
الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث للناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ـــــ ولا
باس باخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وصح ان النبي عليه السلم
ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه قال ـــــ ولا باس بعيادة
اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وصح ان النبي عليه السلم عاد يهوديا مرض
بجواره قال ـــــ ويكره ان يقول الرجل في دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسئلة
عبارتان هذه ومقعد العز من عرشك ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا في الاولى لانه
يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف انه لا باس به وبه اخذ
ابو الليث لانه ماثور عن النبي عليه السلم روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد
فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق
للمخلوق على الخالق قال ـــــ ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكذا كل لهو لانه ان
قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلم لهو المومن
باطل الا الثلاث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح
اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عليه
السلم من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله فهو
ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر به لا تسقط لانه متاول وكره ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله التسليم عليهم تحقيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله باسا ليشغلهم عما هم فيه قال ـــــ
ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته ويكره كسوة الثوب وهدية
الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله
وجه الاستحسان ان النبي عليه السلم قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية
بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد
وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة ولا يجد التاجر منها بدا ومن ملك شيئا ملك ما هو
من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال ـــــ ومن
كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على

الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشرا والبيع لاموال
القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع اخر ما كان من ضرورة حال الصغار
وهو شرا ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الصغار وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ
والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هولا هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا
يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة
والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللايق بالحكمة فتح
باب مثله نظرا للصبي فيملكه بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ـــــ ولا يجوز
للملتقط ان يوجره ويجوز للام ان يوجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف
منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا
فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يوجر نفسه وقد ذكرناه قال ـــــ
ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو
معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في
السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ـــــ ولا باس
بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين
الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام
قال ـــــ ولا باس برزق القاضي لانه عليه السلم بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه الى
مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في
مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال
المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضا طاعة
بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضا
الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت
المال وقيل الاخذ هو الاصح صيانة للقضا عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا
انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطايه
في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطي منه وفي زماننا الخراج يوخذ في
آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل



اسكنها فقيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا مات في السنة بعد استعجال نفقة
السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا باس ان يسافر الامة وام الولد بغير
محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد
امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها ○

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما
اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها
عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية
اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه
وهكذا ذكر القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا
لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي
لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن
الزراع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون
قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق
اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهرزاده وشمس الائمة
السرخسي رحمهما الله اعتمد ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه
بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له
ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم
لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر
المغانم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج
لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها
لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من
الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول
بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد
ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينه لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه

الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله
اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا ○
قال ومن حجر ارضا فلم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع
كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى
غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام
سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك
كما كان هو الصحيح وانما شرط ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه
اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره
فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر
بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة
ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد
يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد
ما فيها من الحشيش وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول
او حفر من بيرها ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل
احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء
لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها
قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم
لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق
والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها
لما ذكرنا قال ومن حفر بيرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن
الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البير احياء قال فان كانت للعطن فحريمها
اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل
الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي ما يكون رخوة ويتحول الماء
الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا
لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم الناضح ستون

ذراعا لانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشا وبئر العطن للاستقاء منه بيده
فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله
والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم
لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه
حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه
ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها
خمس مائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجري فيه الما ومن حوض يجتمع فيه الما ومن موضع يجري منه الى المزرعة
فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمس مائة بالتوقيف والاصح انه خمس مائة ذراع من كل جانب كما
ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه
في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الما الى الثاني فيتعطل الاول.
قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به
وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه
فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يطمه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه
قيل له ان ياخذه بكبسه لان ازالة الجناية بهذا كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ
برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في
ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير
متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة ان الحفر
تحجر وهو يستبد به بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه
الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب
ما البئر الاولى لا شي عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون
الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه قال والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رحمه الله انه
بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الما لانه نهر في
التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الما على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر
حريمه بخمس مائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا

في حريمها

في حريمها لانه يحتاج الى الحريم ليجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد
الحديث قال وما ترك الفرات والدجلة وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم
يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم
يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الما يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام
قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان
يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة يمشي عليها ويلقي عليها طينه وقيل
هذه المسئلة بنا على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما
يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الما ولا يمكنه عادة في بطن النهر
والى القا الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان
القياس ياباه على ما ذكرنا وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر
لان الانتفاع بالما في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقا
بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البنا ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا
للنهر والقول لصاحب اليد وعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض
على ما نذكره ان شا الله وان كانت مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه
الما به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة
لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو
اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يديهما والمصراع الاخر معلق على باب احدهما
يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضا في موضع الخلاف قضا ترك ولا نزاع
فيما به استمساك الما انما النزاع فيما وراه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به فما
نفره فالاخر دافع به الما عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه
كالحائط لرجل ولاخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير
نهر لرجل الى جنبه مسناة ولاخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد واحد منهما
فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله
وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا
اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى به لانه

صاحب بد ولو كان عليه غرس لا ندرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمره
الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد
قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب
النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله آخذ بقوله في الغرس
وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رحمه الله ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل
جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من جانب وهذا ارفق بالناس والله اعلم

فصول في مسائل الشرب ٭ فصل في المياه

واذا كان لرجل بئر او نهر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم
والبهائم ٭ اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق
الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع
بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهوا فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء
الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق
سقي الاراضي بان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منها نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا
يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة
فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسر
ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحا عليه لان شق النهر للرحا كشقه
للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلم الناس
شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني
وهو الشفة لان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه
لان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج
اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع وان اراد رجل ان
يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص
لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه
صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة
نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا

لم يقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة
من الدخول الى ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد
يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا
عن الطحاوي وقيل ما قاله محمد صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة اما اذا احتفرها في ارض موات
ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة
ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه
بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز حيث يقاتله بغير السلاح
لانه قد ملكه بخلاف الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله
بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير والشفة اذا كان ياتي على
الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء فيها قيل لا
يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب
وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء
منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج
وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان
الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر
هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم
انقطع شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب
النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك
او اعاره فلا باس به لانه حقه ويجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه

فصل في كري الانهار

الانهار ثلثة نهر غير مملوك
لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة
الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة
به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فتكون
مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشر والصدقات لان
الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء يجبر الامام الناس على كريه احياء

لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانشقاق وفيه ضرر لعامة خ الانشقاق
الاراضي وفساد الطريق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري فانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا اجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه ولهما ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع ٥

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه ٥

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى واذا كان نهر الرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له وان كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها

نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على صفة واحدة فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضى اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا

إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو أراد الأعلى من الشريكين
في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك
لما فيه من الضرر بالآخر وكذا إذا أراد أن يقسم النهر مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت
إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده
لأنه إعارة الشرب فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع
بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية حيث لا تجوز العقود إما للجهالة أو للغرر أو لأنه
ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره وإذا بطل العقود فالوصية بالباطل باطلة
وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق
لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب
في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته وكيف يصنع الإمام الأصح أن يضم إلى الأرض
لا شرب لها فيبيعها بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت
إلى قضاء الدين وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعها
فيصرف الثمن إلى ثمن الأرض والفاضل إلى قضاء الدين وإذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء أي ملأها
فسال من مائها في أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لأنه
غير متعد فيه ۝

كتاب الأشربة

سميت بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها ۝ قال الأشربة المحرمة أربعة الخمر
وهو عصير العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو
الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلا أما
الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان مائيتها وهو النيء من ماء العنب إذا صار مسكرا
وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله
عليه السلم كل مسكر خمر وقوله عليه السلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة والنخلة
ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة
فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية
وإنما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فإن
النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث

الأول طعن فيه يحيى بن معين والثاني أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب الرسالة
والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهو الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله
وعندهما إذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لأن الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم
بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولأبي حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف
الزبد وسكونه إذ به يتميز الصافي عن الكدر وأحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد
وإكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث
أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال
إن السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لأنه جحود الكتاب
فإنه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلم حرم
الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا
يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول
عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات والشافعي يعديه إليها وهذا بعيد لأنه خلاف
السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الأحكام لا في الأسماء والرابع أنها نجسة
نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره
الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا
يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلم إن الذي
حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والأصح أنها مال لأن الطباع
تميل إليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه من ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه ولا للمديون
أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة
ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم
جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع
به اقتراب والثامن أن يحد شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه السلم من شرب الخمر فاجلدوه
فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقتلوه إلا أن حكم القتل انتسخ فبقي الجلد
مشروعا وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع الطبخ
لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما

قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ . والعاشر حرام عليها [illegible]
خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شا الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير
اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه فهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف ما ذهب
نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف
وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه
رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع
التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله
رحمه الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو
بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة
على الابتدا وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه
سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا غلا واشتد
ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر
حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية
ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاسته خفيفة في رواية وغليظة
في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا
لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده
يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف انه
يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير
وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على العموم والبيان لا يوجد في غيره
وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد
شاربه وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله
بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر
كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى
بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله الاول مثل
قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله

لا يفسد لا يتحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يتحمض دلالة قوته وشدته فكان آية
حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنه وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة
على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شا الله تعالى
وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وفي
المختصر قال ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد
اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي
نذكره ان شا الله تعالى قال ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد قال
سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته فقال ما
زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع
الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب وبين الزبيب
والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتدا قال ونبيذ
العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف اذا كان من غير لهو ولا طرب لقوله عليه السلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا
يشترط وهو المذكور في الكتاب ولان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد
في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد
فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق
يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان
اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع
مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ
حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حل وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل
بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة

قوله عليه السلم كل مسكر خمر وقوله عليه السلم ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلم ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلم حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثا ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ

قال ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلم في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعدما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم

بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلم نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبرة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل فلا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابته الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بنفسه او قذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر بها ثلثا ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه واياما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلثة واصل هذا ان العصير اذا صب عليه ماء قبل

الطبخ ثم طبخ بمايه ان كان الما اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب
فيه من الما حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الما والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي
العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجمله حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان
ما وعصير والثلث الباقي ما وعصير فصار كما اذا صب الما فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي
ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ما ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى
تسع الجمله لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجمله لما قلنا والغلي بدفعه
ودفعات سوا اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان
يحل لانه اثر النار واصل اخر ان العصير اذا طبخ فذهب نصفه ثم اهريق بعضه ثم طبخ
البقيه حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان ياخذ ثلث الجميع فيضربه في الباقي بعد المنصب
ثم يقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شي فما يخرج بالقسمه
فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلثه ارطال ياخذ ثلث
العصير كله وهو ثلثه وثلث ويضربه فيما بقي بعد المنصب وهو سته فيكون عشرين ثم
يقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شي وذلك تسعه
فيخرج لكل جز من ذلك اثنان وتسعان فعرفنا ان الحلال ما بقي وعلى هذا تخرج المسايل
ولها طريق اخر وفيما اكتفينا به كفايه وهدايه الى تخريج غيرها من المسايل والله اعلم ٥

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصطاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى
واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما
وقوله عليه السلم لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله
عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب اخر
فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع
ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفا المكلف وتمكينه
من اقامه التكاليف فكان مباحا بمنزله الاحتطاب ثم جمله ما تحويه الكتاب فصلان احدهما
في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي ٥

فصل في الجوارح

قال ـــ يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وساير الجوارح المعلمه

وفي الجامع الصغير وكل شي علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس
بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم
من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول
الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي واسم الكلب في اللغه يقع على كل
سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب
لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداه
لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم
لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما
يصير اله بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال ـــ
وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا
دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنه ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب
وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان اية التعلم ترك ما هو مالوفه عادة والبازي
متوحش متنفر فكانت الاجابه اية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب
فكان اية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا
وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفه رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال
فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا
لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلا الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص
الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه
الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفه رحمه الله على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما
لم يغلب على ظن الصايد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا
وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده
يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبلها ليعلم
غير معلوم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كما لو تصرف المباشر في سكوت المولى
وله انه اية تعلمه عنده فكان هذا صيد جارحه معلمه بخلاف تلك المسئله لان الاذن
اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشره قال ـــ واذا ارسل كلبه

المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا
من حديث عدي ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال
وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلابد من التسميه عنده ولو
تركه ناسيا حل ايضا لما بيناه وحرمة متروك التسميه عامدا في الذبائح ولابد من الجرح
في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاه الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن
بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب
بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التاويل
الاول وجوابه ما قلناه. قال وان اكل منه الفهد او الكلب لم يوكل وان
اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مويد بما روينا من حديث
عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل
الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لم يوكل هذا الصيد لانه
علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في
الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام
المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في
بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة
تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود
قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه
لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه اية جهله من الابتداء لان الحرفه لا ينسى اصلها
فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول
المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضا ولو ان صقرا فر من
صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يوكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب
اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك
للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح
ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعه والقاها اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه لم

يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل
منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته
بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيد به
ولو نهس الصيد فقطع منه بضعه فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم
يوكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله
ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعه فاكلها يوكل الصيد لانه لو اكل من
نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى
بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان
نهس البضعه قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة
منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني
فلا يدل على جهله. قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه
وان ترك تذكيته حتى مات لم يوكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم
البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة
فوق ما يكون في المذبوح لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه
حل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على
الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم
مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لابد له من مدة والناس يتفاوتون
فيها على حسب تفاوتهم في الكياسه والهدايه في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا
بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه
لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل
بعضهم تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يوكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم
يوكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار
وهذا اذا كان يتوهم بقاوه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه
حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت

قال وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا
فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكر ان شاء الله تعالى وهذا الذي
ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية
والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه
الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف
رحمه الله اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان
يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررنا ولو
ادركه فلم ياخذه فان كان وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم
المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم يثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان
ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع
وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرنا وقد وجد
وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل
لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده
حصول الصيد ولا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط
اعتباره ولو ارسله على صيود كثيرة وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه
التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده
والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثاني يصير
مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى فذبحهما
بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله
يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا
اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه
اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب
آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني
لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم
ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل

وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن كما بيناه في الكلب ولو
ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك
في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل
لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا منه فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي
كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر
فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر
اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح
والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات
بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا
رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق
المشاركة وتتحقق بين فعل الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول
لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله فلا باس باكله لان فعل
الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حتى ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله ولانه بنا عليه
فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما
قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد
بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو
فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو
ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة
الحرمة فاولى ان لا تثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالمحرم والمرتد وتارك التسمية
عامدا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان
الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل
المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه
ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان
الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما

كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية
الا ان الارسال من الثاني حصل في الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال
فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل
بازيا او كلبا عليه فاصاب ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد
الاصطياد وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه
لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رحمه الله خص منها ما
لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول
فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر
ما يقبله لحما وجلدا او لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره
وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي
ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر
ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا
ولا يدري ناد هو او لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جرادة
فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي رواية اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة
فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه
واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له
فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق
معنى الذكاة على ما بيناه قال ـــ وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجهيها والاختلاف
فيها في الفصل الاول فلا نعيده قال ـــ واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه
ولم يزل في طلبه حتى اصابه اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه
السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت
بسبب آخر قائم فلا ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا
اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه
لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله ان ما

ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه
لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب
في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال ـــ واذا رمى صيدا
فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو
حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من علو يؤيد ذلك
قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان
الماء قتله ام سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره
سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة
والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما
لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن الاحتراز
عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع
الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف
آجرة لاحتمال ان حده هو الذي قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما
ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها
لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل
لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق
وحمله شمس الائمة السرخسي رحمه الله على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل
المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك
عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان
انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء قال ـــ وما اصاب المعراض بعرضه لم يؤكل
لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ـــ ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات منها
لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه
قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وجعله طويلا
كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه قتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يضع بضعا لا يحل لانه

قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق قد تنقطع بثقل الحجر كما
بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل
لانه قتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حد يبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف
والرمح والاصل في هذه المسايل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا
واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل
كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه
بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سوا ولو رماه فجرحه
ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين
سوا كانت الجراحة كبيرة او صغيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم
يشترط الادما لقوله عليه السلم ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند
بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادما وان كانت صغيرة لا بد من الادما ولو ذبح شاة ولم
يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل وجه القولين دخل فيما ذكرناه وان اصاب السهم ظلف الصيد
او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يويد بعض ما ذكرناه قال ـــــ واذا رمى صيدا
فقطع عضوا منه اكل الصيد لما ذكرناه ولا يوكل العضو وقال الشافعي كلاهما ان مات الصيد منه
لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف
ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلم ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي
مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة
لقيام الحيوة فيه حقيقة وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع
حتى لو وقع في الما وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم قوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع
ذكاة لبقا الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها
بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي
صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة
صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الما وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم
فتخرج عليه المسايل فنقول ـــــ اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوايم او اقل
من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقا الحيوة مع الباقي ولو قده نصفين او قطعه

اثلاثا

اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه
لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقا الحيوة فيه بعد هذا الجرح والحديث ان تناول
السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان
راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان
مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا
او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر
اجزايه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة
للمعاني قال ـــــ ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما
بينا في الذبايح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانه من اهل الذكاة اختيارا
فكذا اضطرارا قال ـــــ ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع
فرماه اخر فقتله فهو للثاني لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلم الصيد لمن اخذه وان كان الاول
اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة
للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو
منها الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم
منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا كان ابان راسه يحل
لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمية الاولى بحال لا
يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر ما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او
دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة به عنده
وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب
فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سوا ولا يحل قال ـــــ والثاني
ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا لانه ملكه بالرمي المثخن وهو
منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال ـــــ رضي الله عنه تاويله اذا علم ان
القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه
ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه
كملا كما اذا قتل عبدا مريضا فان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدرى قال ـــــ في الزيادات

يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين لان الاولى لما كانت تضعفه والثاني ضمنها مرة فلا نضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره وهو كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم له هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم

صيد الملوك ارانب وثعالب ... فاذا ركبت فصيدي الابطال

ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع ٥

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشرا لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه

وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلم لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة فصار ما اقتضاه العقد ان الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلم اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك وكذا اجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلم لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

وفارقتك برهن لا فكاك له

والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق المعاني ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرا اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة والحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهي جملتها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسياتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى ٥

قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفا والاستيفا
يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة باعيانها فانه يصح
الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه
اكثر المشايخ وهو دين ولهذا صح الكفالة به وان كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب
عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه
فيصح كما في الكفالة به ولهذا لا تبطل الحوالة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال
وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سوا صار المرتهن
مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به
الاستيفا وذلك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان
الاستيفا بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف
وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان
الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا
بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد
الاستيفا فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفا والزيادة مرهونة ضرورة
امتناع حبس الاصل بدونها فلا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حال البيع فانه
روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه
به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزا الظلم فاذا
ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يومر
باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفا فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفا لانه
يتكرر الاستيفا على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين
اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم
الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مونة
فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومونة ولهذا لا
يشترط بيان مكان الايفا في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومونة يستوفي دينه ولا يكلف
احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان

لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد
او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا
قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر
الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل
الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه كما يكلف احضار
الرهن لاستيفا كل الدين يكلف لاستيفا نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يومر
باحضاره لاستيفا الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطا
حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضا الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة
خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صار قيمة بفعله وفيما تقدم
صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد عدل وامر ان يودعه غيره
ففعل ثم جا المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يوتمن عليه حيث وضع على يد غيره
فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه
والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضا الدين لان احضار
الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو لما
قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشي حتى
يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفا الدين ولا يملك
المطالبة به قال وان كان الرهن في يده فليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه
الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضى البعض فله ان يحبس كل
الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال
المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه
صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفا بعد استيفا فيجب رده وكذلك
لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبريه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه
الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده يسقط الدين اذا كان به وفا بالدين
لبقا الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك
لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يواجر

وتعيير لانه لم يرض له ولان الانتفاع يعيبه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان
متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه
وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد
في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او
اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على هذا الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة
واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة
والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال
لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سوا لان العادة فيه
مختلفه ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان
من باب الحفظ وكذلك الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لا يضمن
ولو رهنه سيفين او ثلثه فتقلدها لا يضمن في الثلاثه وضمن في السيفين لان العادة جرت
بين الشجعان بتقليد سيفين ولم تجر بتقليد الثلاثه وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل
بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت
الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن
والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سوا كان في الرهن فضل او لم يكن
لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكه له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه
مؤنة ملكه كما في الوديعه وذلك مثل النفقه في ماكله ومشربه واجرة الراعي في
معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان
وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه
فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه
وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله
ان كرى المأوى على الراهن بمنزلة النفقه لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق
على المرتهن فانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفا التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد
فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سوا فان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر
المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانه في يده والرد لاعادة اليد وفي الزياده

يد المالك اذ هو كالمودع فيها فهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه
فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في
الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح
والقروح ومعالجة الامراض والفدا من الجنايه ينقسم على المضمون والامانه والخراج
على الراهن خاصه لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين
ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما
وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان
صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامه وعن ابي حنيفه رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه
حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسئله الحجر ٥

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز ٥

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان احدهما
ينبني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفا وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع
وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدايم
لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه
الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع
يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياه فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل
القسمه وما لا يحتملها بخلاف الهبه حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمه لان المانع في الهبه غرامة القسمه
وهو فيما يقسم اما حكم الهبه الملك والمشاع يقبله وهذا الحكم ثبوت يد الاستيفا والمشاع لا
يقبله وان كان لا يحتمل القسمه ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى
الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع
الطارى يمنع بقا الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقا اسهل
من حكم الابتدا فاشبه الهبه وجه الاول ان الامتناع لعدم المحليه وما يرجع اليه فالابتدا
والبقا سوا كالمحرميه في باب النكاح بخلاف الهبه لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار
القبض في الابتداء لنفي الغرامه على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقا ولهذا يصح الرجوع
في بعض الهبه ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخل

دون النخل ولا الزرع الارض دون الارض ولا رهن النخل في الارض دونها لان المرهون متصل
بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخل او دون الزرع او
النخل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس
بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض
بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار
دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخل
بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع
لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز فلا ضرورة
الى ادخاله من غير ذكره بخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر
لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا
في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما
ذكرنا جاز فلو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا
بطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او
متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها
فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا
دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء
بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام
حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمر للنخيل
حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع
والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن مضمون ولا بد من ضمان
ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة
بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا
لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن بها اما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان
يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح
عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا

تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل
والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب
واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام
الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة ولهذا صح الكفالة بما ذاب له على
فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد
حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني
الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود
جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده
فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن
براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء
وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة
ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال
والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه واذا هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار
للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس السلم في مجلس العقد تم الصرف
والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا
لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه
يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك
رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن بقيمته ولو
هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره
كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان
الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء
فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك
بقيمته وكذا هذا قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم
الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في
الباقين ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف

ما اذا كانت الجناية خطأ لان الاستيفاء من الارش ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون
على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه
شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لم يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم
ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الاستيفاء والايفاء في حق المسلم ثم الراهن
اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا
يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لان الخمر مال في حقهم اما الميتة فليس بمال
عندهم فلا يجوز رهنه وارتهانه فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال ولو اشترى
عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن
مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته عبدا ثم ظهر انه حر وهذا
كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين
فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رحمه الله خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال
ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي
منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة
والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما
وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة
الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع
بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير
الاب او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلط المرتهن على بيعه
لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسألة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال
الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع
المقاصة وكذا الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان
واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور
شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال
الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من
اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في

البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن
عبده التاجر الذي ليس له عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي
عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في
الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز
لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان
الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا
رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه
لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب
رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه
معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع
عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك
ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد
اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض
المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم
لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما
نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه
غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه
متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله
لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال
وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل وان كانت قيمته مثل الدين اداه
الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان
كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون
عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان
كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل
الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده

ضمنه لحق المرتهن ولا تضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان
له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا
يلزمه شي لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ واذا هلك في يده يضمنه للمرتهن لما اخذه بدينه
ان كان بدين حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا
عند المرتهن ثم اذا حل الدين اخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال
ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت
بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند
المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة
وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسها ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة
وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه
او اكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما
باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا
فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه للاستيفاء بالوزن
لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا باعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف
الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال
الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل
الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب
ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة
ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا
يصح على ما هو المشهور لان محمدا رحمه الله فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف رحمه الله
والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم
بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل اخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين
ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي
يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شي من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة
على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء

ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا
لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا
فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع
المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي
الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه
او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد
لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عندهما بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت
قيمته اكثر من وزنه اثنا عشر عند ابي حنيفة يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن
عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه
فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع
امانة وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان
مضمونا وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شايعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا
فعنده تعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا
لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان
كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول عرف
في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على
ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس وقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو
منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان
انه شرط ملايم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا
في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم صح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا
او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد
ولو كان غايبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر
لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن

بقوله الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بينا ولا جبر على التبرعات ولكن البايع بالخيار
ان شا رضي بترك الرهن وان شا فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته
الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفا تثبت على
المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى
اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبي عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطا والعبرة في
العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة
وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني
اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن
قلنا لما مده الى وقت الاعطا علم ان مراده الرهن

فصل

ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى
حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا
لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضا الدين وصار كالمبيع في
يد البايع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل
وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية
كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر الا ترى انه لو قبل
الرهن في احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه
جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع
فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما
وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله قال فان تهايا
فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر قال والمضمون على كل واحد منهما
حصته لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفا مما يتجزى قال
فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الاخر حتى يستوفي دينه لان جميع العين رهن في يد كل واحد
منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال وان
رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جايز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى
يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما
البينة انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه

كل العبد ولا وجه للقضا لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا
وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا وجه للقضا بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا للقضا لكل
منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما
كانهما ارتهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول
هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كل واحد منهما يثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفا وهذا
القضا يثبت حبسا يكون وسيلة الى شطره في الاستيفا وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه
ان كان قياسا لكن محمدا رحمه الله اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا
حكم له قال فان مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما
وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد
وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفا حكم اصلي لعقد الرهن فيكون
القضا به قضا بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد
لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفا بالبيع في الدين
والشياع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا
البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد عدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز وذكر قوله
في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا
ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان
والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على
المالك في الاستحقاق لانه نايب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن
ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفا
فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر فلو هلك في يده يهلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد
المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين
ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا
ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر

ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا مقتضيا ونعنيهما ثانيا لكن يتفقان على ان ياخذها منه
ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره ولئن تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو
فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون
الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان
بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ
ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل
او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد
الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا
من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق
المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك
البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا
وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره ولو مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا
يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه
بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان
العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة
ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي
غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات
بعدما صار راس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعدما صار اعيانا قلنا
التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه
الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضى المرتهن لان المرتهن احق
بماليته من الراهن ولا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل
الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك
الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو ان فيه
اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى
والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه

وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد يؤيده
اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل وان باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم
مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء
عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد المرهون وغرم القاتل قيمته
لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد
الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال واذا
باع العدل الرهن واوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شا ضمن الراهن قيمته
وان شا ضمن المرتهن الثمن [illegible] له ان ضمن غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان
يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شا ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شا
ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضا لانه ملكه
باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه باع ملك نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شا رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من
جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضا فلا يرجع المرتهن عليه بشي من
دينه وان شا رجع على المرتهن في الثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ
بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به
فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضا فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو
ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل
بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع
ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شا رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه
واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شا رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن
وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع
به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن
وانما يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن
غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق
بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره

الموكل يرجع بما لحقه من العهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به
حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا
يرى جبر هذا الوكيل على البيع وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار
ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعدي في حقه بالتسليم او بالقبض فاذا
ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن رجع على الراهن
بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض
اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه
والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق
الراهن ابتدا قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي رحمه الله والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب
الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك متاخر
عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند
الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى والله اعلم

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو
المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة
الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه
وان قضاه الراهن دينه جاز البيع ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو
التصرف الصادر من الاهل في المحل فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح
لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضى الغرما لانهم
رضوا بالانتقال دون السقوط فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك
الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان
يجيزه وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة
صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شا المشتري صبر
حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شا رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان
يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد



المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه
بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم
ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع
الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول
والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته
به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة
لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع
فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال فان اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي
بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه
البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين
وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى
ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري
قبل القبض واعتق الابق والمغصوب ولا خفا في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا
ينبي عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق
العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى
بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث
العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يوخر الى ادا السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله فاذا نفذ
الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء
الدين لانه لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين موجلا
اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي
التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى
العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة
المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله
اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شا الله تعالى ثم يرجع بما سعى على
مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف

المستسعى في الاعتاق ولانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهذا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الثابت للشريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا للنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الاخرة ولا يستوفي من عينه ولذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب السعاية عندنا خلافا لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال ملك التعلق لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية

قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق وعندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان على المولى بما يؤديان بعد يساره لانهما ادياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى

قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف

والضمان

والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك واذا استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف

قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد المرتهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته ولذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشره احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة الغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان المرتهن لبقاء يد الرهن وكذا

اذا اهلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل يهلك من غير ضمان
لثبوت يد العارية بالاستعمال وفي مخالفته لبدل الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن
المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل
وكثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين
وللعبد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل
زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة
فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل
منه لان التقييد مفيد وهو نفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه ونفي النقصان
لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد
بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت
الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف صار ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير وتم
عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه
وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق
وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن بطل
المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار
قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك
ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان
كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع
الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو كانت
قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه
غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف
الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان
للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعدما افتكه
فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا في ذلك فالقول
للراهن لانه ينكر الايفاء بدعوى الهلاك في هاتين الحالتين كما لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به

فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين
موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء
يضمن قدر الموعود المسمى لما بيناه انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية
الرهن باستيفائه من المرتهن سلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه
المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المستعير بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان
شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه
فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم
العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا
عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فكانه كان امينا خالف ثم عاد
الى الوفاق ولذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب
بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم
الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد
نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الامر وهو الرجوع
عليه عند الهلاك ويتحقق بالاستيفاء قال —— جناية الراهن على الرهن مضمونة لانه
تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة
بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة
ضمنوا قيمته ليشتري بها عبدا يقوم مقامه قال —— وجناية المرتهن عليه تسقط من
دينه بقدرها ومعناه ان كان الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد
تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال —— وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن
وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما
يوجب المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه
بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا
حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت واما الخلافية فلانها
حصلت على غير ملكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء
الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على

حاله ولنا ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه
فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخلص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق
اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة واذا
كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رحمة الله انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في
ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو
الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك
حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف
الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل خطأ غرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان
المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر
لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت
فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع
حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر
الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل
الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر
بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا
حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما
قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الراهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر
وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل
مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسع مائة في العين فاذا هلك
يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا
الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه
بمائة وقبض المائة قضاء من حقه رجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده
وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى وكذلك هذا قال
وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه الراهن بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله

وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقررت بالهلاك الا انه اخلف
بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما
ع ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عنده لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع
مكانه ولمحمد رحمه الله في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا
قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يتخير المشتري والمغصوب منه كذلك هذا
ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر
وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي
وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه اداء
الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع
به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع
لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان
الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية
لان الملك في الرقبة له وانما صار الى المرتهن الفداء لقيام حقه واذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم
الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان
المرتهن فصار كالهلاك وكذا ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء
بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء
لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك وان
ط فدى فهو رهن مع امه على حالها ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن
الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان
يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين
العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى قال
فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة
استحقت لمعنى هو في ضمان الراهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين
المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه
به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن

ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الابن لازال يتعلق برقبته وقد استوفيت
فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد
الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفدا
في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع
لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضى به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا
كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفدا ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال
حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع
لانه لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفدا غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان
يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفدا
متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فالتزمه
والحالة هذه كان متبرعا وعلى هذا ما روي عن ابي حنيفة رحمة الله انه لا يرجع مع الحضور
وسنبين القولين ان شا الله ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن
نصف الفدا من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفدا متطوعا
ثم ينظر ان كان نصف الفدا مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف
الفدا وكان العبد رهنا بما بقي لان الفدا في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع
كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان
المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير
امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع
كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه
ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه
الرهن وقضى به الدين لان الوصي قايم مقامه ولو تولى الموصي حال حياته بنفسه كان له ولاية البيع باذن
المرتهن وكذا الوصي وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب
ناظرا في حقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليودي ما عليه
لغيره ويستوفي ما له من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز

وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى
دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن
اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين
للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات
نذكرها في كتاب الوصايا ان شا الله تعالى **فصل** ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة
فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا
للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتدا فهو محل له بقا حتى ان من اشترى
عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب
ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم
لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة
المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمنفسخ
لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول
يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه
متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك
يهلك بغير شي لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ
اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النما افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن
يوم القبض وقيمة النما يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك
اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شي اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من
الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النما افتكه الراهن به لما ذكرنا وصور المسائل
على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة
بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب
فلا ضمان عليه في شي من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس
بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شي من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى
ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط
وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان ذلك تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل

حصل بتسليط من قبله فصار كأن الراهن أخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من
الدين فيفك بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذا جميع النماء الذي يحدث على
هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا به وقال ابو يوسف يجوز في الدين الزيادة ايضا وقال زفر
والشافعي لا يجوز فيهما ايضا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد
ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في باب البيع
والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة
والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع
عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا
بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف
الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه
والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة
في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم
قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاصل يوم القبض الفا والدين الفا
يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا لقيمتهما في وقتي الاعتبار
وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا
ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد
خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو
كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض
فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال وان رهن
عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى
يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه
بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول
في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول
دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الراهن يد



استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة
وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا
يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان
الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين قال ولو ابرأ المرتهن
الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك في يد المرتهن هلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر
رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق
الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له
ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله
قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله
ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع
ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه
او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا
يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو
في نفسه فباق فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين
عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن
بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك
المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه
بمنزلة الاداء وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق
على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب
والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى
السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا
يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك
المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الاية وقد نطق به غير واحد من

من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى الا انه يتقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلم العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها
تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك الا ان يعفو
الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضى القاتل وهو
احد قولي الشافعي الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك
فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع
جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال
لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي
الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا
يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد
امس منها اليه في الخطا فكان ادعى الى ايجابها ولنا انها كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة
فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى
ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلم لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد
عند ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف
ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه
بما لا يقتل به لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة ولا يقتل به غالبا لانه يقصد به غيره
كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل
كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا
وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على
غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه
العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين الاثم
لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا والدية مغلظة على العاقلة والاصل
ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطا وتجب في
ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى
ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث

ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال
والخطا على نوعين خطا في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا
فاذا هو مسلم وخطا في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة
والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلث سنين
لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم
من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا
المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا
من جسده فاخطا واصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل وجد بالقصد الى بعض بدنه
اذ جميع البدن كالمحل الواحد ضربه جميع البدن قال وما اجري مجرى الخطا مثل
النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطا في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر
في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا
دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطا في
احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره
على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب
القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس
يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما
حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر
والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة
هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك
ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد يقتل بالحر
لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما
وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه
قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عليه السلم لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة

بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي انه عليه السلم قتل مسلما
بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم
والقتل بمثله يوذن بانتفا الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف
للمغايرة قال ــــ ولا يقتل بالمستامن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذا كفره باعث على
الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا ويقتل المستامن بالمستامن قياسا
للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمراة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى
والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة
امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ــــ ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه
السلم لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا
ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف
الاعدا مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل
الرجال او النسا وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت
او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ــــ ولا يقتل الرجل بعبده
ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده
عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ــــ ومن ورث قصاصا
على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ــــ ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي
رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص
على المساواة ولنا قوله عليه السلم لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه
استيفا الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال ــــ
واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفا فله القصاص عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفا فانه الولا ان مات حرا
والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا
يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفا للمولى بيقين على التقديرين وهو
معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف
تلك المسلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفا وله وارث غير المولى فلا قصاص

وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان كان حرا
اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى
لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفا وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا
لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفا لان
العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن
لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما
ليسقط حق المرتهن برضاه قال ــــ واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية
على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في
حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا
والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله
ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفا القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا
القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة
الاستيفا ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب
بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه
لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفا في الطرف كما لا يملكه في
النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاوه بمنزلة التصرف في المال
والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه
السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ــــ ومن قتل وله اوليا صغار وكبار فللكبار ان
يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص حق
مشترك بينهم ولا يمكن استيفا البعض لعدم التجزي وفي استيفايهم الكل ابطال حق الصغار فيوخر
الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غايب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته
بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية
الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغايب ثابت ومسلة المولين ممنوعة قال ــــ
ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال

رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما
يجب وهو رواية عن ابي حنيفه اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح
وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه
بالعود فانه تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومه وامتناع القصاص كما لا يهدر الدم ثم
قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفه رحمه الله على ما نبين وقيل
هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات
دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطا العمد ويروى شبه العمد الحديث
ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد في خلال
الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية
قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه
وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بينا من قبل لهم قوله عليه السلام
من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مرد في العصمة ولنا قوله
عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطا ارش ولان الآلة غير
معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن
المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن
تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير
مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص
وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال
ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل
حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين
فقتل مسلم مسلما على ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطا
على ما بيناه والخطا بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به
نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فاذا كان في صف المشركين
لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم

قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى
الاجنبي ثلث الدية لان فعل الحية والاسد جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله
بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر عند ابي حنيفه ومحمد يغسل
ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة
عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا اخر
وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس فكان النفس تلفت بثلثة
افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية

فصل

ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد
اطل دمه ولانه باغ فسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله
وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير يجب على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب
والمعنى وجوب دفع الضرر وفي بعض نسخ الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا
او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شي عليه لما بينا وهذا
لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه
الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا
قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما
قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية
في ماله وقال الشافعي لا شي عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه
يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله انه قتله دافعا للشر
عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه صار محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف
رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يستوجب الضمان اما فعلهما معتبر في
الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان
فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما
حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا لها وكذا فعلهما وان كان عصمتهما حقهما لعدم اختيار
صحيح ولهذا لا يجب القتل بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا
وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره

سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج
من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا
واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح
القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد
الا بالقتل والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكلما امكن رعايتها يجب فيه القصاص
وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد
لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية
المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع
وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له
المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة حتى يذهب ضوؤها وهو ماثور عن الصحابة
رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن
المقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي
كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا السن وهذا
اللفظ ماثور عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلم لا قصاص في عظم والمراد
غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه
يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس
شبه عمد انما هو عمد او خطا لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها
دون ما دون النفس لانه لا يختلف الاتلاف باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطا ولا قصاص بين
الرجل والمراة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع
ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد معتبرا الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا
بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله بخلاف
الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم

والكافر للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او
جرحه جائفة فبرئ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا
ضابط فيه وكذلك البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا واذا كانت يد المقطوع
صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع يده بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة
ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون
حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفى
ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالرديء مكان الجيد ولو سقطت من الآفة
قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء عليه عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما
ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة
حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال
ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج
بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة
موجبة لكونها مشينة فقط ويزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة
على ما فعل ولا يلحقه الشين باستيفائه قدر حقه ما لحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء
والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا
كانت الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو
بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر
وعن ابي يوسف رحمه الله اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه
ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم
كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره
بخلاف الاذن اذا قطع بعضه او كله لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن
اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة
بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

واذا اصطلح القاتل
واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل ان الآية نزلت في الصلح وقوله عليه السلم من قتل له

فقتل الحديث والمراد به والله اعلم الاحق بالرضى على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق
ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاوليا واحيا القاتل
فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سوا لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما
كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا موجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في
امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان
القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان صالح عن دميهما على الف فعلى الالف على
الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركا عن الدم او صالح من
نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص
حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي
بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة اشيم
الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما
عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت
حكما كما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم
يتمكن من الاستيفا والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط
حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هنالك
قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص
ينقلب حق الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شي من المال لانه
اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر في سنتين فيما اذا
كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطا
ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله موجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل
الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل
جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم
ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفها فيجب تحقيقا لحكمة الاحيا
واذا قتل واحد جماعة فحضر اوليا المقتولين قتل لجماعتهم ولا شي لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم
قتل به وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول

قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد
قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف
بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجا التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن
كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد
منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحيا وقد حصل بقتله فاكتفي به
قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفا
فاشبه موت العبد الجاني ويتاتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما عنده قال
واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال
الشافعي رحمه الله تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت
له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد
منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد البعض
فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث
والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطية فيلحقه الغوث
قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد
يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سوا قطعهما
معا او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع
لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد
الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق
الاستيفا اما المحل فخلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما
اذا قطع العبد يميني رجلين على التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللاخر
عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم
يبق محل الاستيفا فيتعين حق الاخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا
اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال
فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية

في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق
الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية
للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا كانه رمى الى صيد فاصاب ادميا والفعل
يتعدد بتعدد الاثر **فصل** ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا قبل ان تبرا يده او قطع يده
عمدا ثم قتله خطا او قطع يده خطا فبرات ثم قتله خطا او قطع يده عمدا فبرات ثم قتله عمدا فانه يوخذ
بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم
يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد
حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخرين
لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطائين يجمع بالاجماع لامكان
الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرا يده فان شاء الامام قال
اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يقتل ولا تقطع يده لان
الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين
هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع
بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب
القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا
خطاين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام
اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما
القتل والقطع قصاصا يجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرا من تسعين ومات من
عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برا منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار
للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف رحمهما الله في
مثله حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له
اثر تجب حكومة عدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع
يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن
القطع وما يحدث منه او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطا فهو من
الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو

عن النفس

عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرت الى النفس ومات لهما ان
العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو
عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون
العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية
والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو
لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه
فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان
في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان
الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له
من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة
وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطا فقد اجراه مجرى العمد
في هذه الوجوه وفاقا وخلافا واذن بذلك اطلاقه الا ترى انه ان كان خطا فهو من الثلث
وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال
فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطا فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث
قال واذا قطعت المراة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى
عاقلتها الدية ان كان خطا وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن
اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم
القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا
لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو
على ما بيناه ان شاء الله لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم
يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه
واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل
ترده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطا يكون هذا تزوجا
على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل
كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطا والمهر لها

قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع
عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه
وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي
بسقوطه لجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط
اصلا وان كان خطا يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج
على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت
والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية
ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة
وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم لم يباشروا بقتله فان كانت تخرج من الثلث تسقط
وان لم تكن تخرج تسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها
على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين ٥
قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه
لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط
القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يسقط حقه
في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع
ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبريا عنه بدون العلم به
قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص
او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه
استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا
يضمنه وكذا اذا سرى وما برا او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده
وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل وكان القياس ان يجب القصاص الا انه
سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان
يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند
الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك فلم يظهر لعدم الضرورة ٥

بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما تبين كونه قطعا بغير
حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف وان قطع ثم حز رقبته قبل البرء
فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع ان كانت تابعة قياما
فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال ومن له
القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من
سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام
والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما
كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما
تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى
الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق
فاشبه الاصطياد والله اعلم ٥

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وان كان خطا لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على
الآخر لهما انه طريقه الوراثة كالدين وهذا لانه عوض نفسه فيكون الملك فيه
لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد
الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة
الا ترى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في
الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات
ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان
الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص
الى المال ولا يمكن اثباته الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك
عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي بيناه قال فان كان الاولياء
ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما

الى انفسهما مغنماً وهو انقلاب القود مالاً فان صدقهم القاتل فالدية بينهم اثلاثاً معناه اذا صدقهما
وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود
عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية ومعناه اذا
كذبهما القاتل ايضاً وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب
نصيبهما مالاً فلا يقبل الا بحجة وانقلب نصيب المشهود عليه مالاً لان دعواهما العفو عليه
وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما
المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال
واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمداً لان الثابت بالشهادة
كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه
لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا
انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في
الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان
او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما
فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بالعصا وقال الآخر لا ادري باي
شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال واذا شهدا انه قتله وقالا لا
ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحساناً والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف
باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب
اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليهم
او لو اكذبهم في نفي العلم ظاهراً كما ورد بالاطلاق باصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف
بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال فان اقر
الرجلان كل واحد منهما انه قتل فلاناً وقال الولي قتلتماه جميعاً فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل
انه قتل وشهد آخرون على آخر انه قتله وقال الولي قتلتماه جميعاً بطل ذلك كله والفرق ان
الاقرار والشهادة تناول كل منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في
الاول من المقر له والمشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في
الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلاً لان التكذيب تفسيق وفسق

الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله اعلم

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلماً فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد
الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي
والمرمى اليه متقوم فيها ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي
وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمداً فالقود سقط
للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً
وكذا اذا رمى حربياً فاسلم لان الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب
موجباً بصيرورته متقوماً بعد ذلك قال وان رمى عبداً فاعتقه مولاه
ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرمياً الى غير
مرمي وقول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد
الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه
يصير قاتلاً من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع
والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد
فيصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة فليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل
وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا يخالف النهاية البداية فيجب قيمته للمولى وزفر
رحمه الله وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظراً الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه
قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على
الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيداً ثم اسلم ثم وقعت الرمية
بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله يحل اكله لان المعتبر حالة الرمي في
حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيداً
ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيداً ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما
يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال
فلهذا افترقا والله اعلم

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في أول
الجنايات. قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية
فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص والمقادير
تعرف بالتوقيف ولأنه جعل المذكور كل الواجب للفاء أو لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه
رضيع أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به والظاهر سلامة أطرافه ولا يجزئه ما في البطن لأنه لم تعرف
حياته ولا سلامته. قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية شبه العمد عند أبي حنيفة
رحمه الله وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت
لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون
حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقول النبي عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها ولأن دية شبه العمد
أغلظ وذلك فيما قلناه ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الإبل وما رواه
غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه
قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرناه وهو كالمرفوع فيعارض به. قال ولا يثبت التغليظ
إلا في الإبل خاصة لأن التوقيف فيه فإن قضى بالدية في غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا. قال
وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل. قال
والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذنا نحن
والشافعي رحمه الله لرواية أن النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال
ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطئ معذور غير أن عند الشافعي رحمه الله يقضي
بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة
آلاف درهم وقال الشافعي رحمه الله من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما
أن النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي قضى بالدية في قتيل بعشرة
آلاف درهم وتأويل ما روي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك
قال ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لأن

عمر رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها ولأن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية
وهذه مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة عدمناها
في غيرها وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على الدية أو على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز
وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما
قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على
علي رضي الله عنه ومرفوعا إلى النبي عليه السلام وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث
لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولأن
حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا
في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه. قال ودية المسلم والذمي
سواء وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم
وقال مالك رحمه الله دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام
عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وللشافعي ما روي أن النبي عليه
السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا
قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذا قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما
وما رواه الشافعي لم يعرف له رواية ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه أشهر مما
رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان
الدية وفي الذكر الدية والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رحمه الله أن النبي عليه السلام قال
في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه
رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس
منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه
النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله
عليه السلام بالدية كلها في اللسان والأنف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول
في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة
لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد وكذا اللسان

لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة
مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد
الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء
اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل
الدية لان الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام ولذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطئ
والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة
وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة
كالتابع له قال ــــــــ وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك
اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان
كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة
واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال ــــــــ وفي اللحية اذا حلقت
فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال ــــــــ وفي شعر الرأس الدية
لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رحمهما الله تجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة
في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر
والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها
تفويته على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال الا ترى ان من عدمه
خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد
فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد
المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال ــــــــ وفي الشارب حكومة عدل
وهو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان النابت على ذقنه
شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك
وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان
متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا افسد المنبت فان نبتت
حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت
بيضاء فعن ابي حنيفة انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه

ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد
والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي يجب
حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال ــــــــ وفي العينين الدية وفي اليدين
الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية لما روي
في حديث سعيد بن المسيب رحمه الله عن النبي عليه السلام قال ــــــــ وفي كل واحد من هذه
الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية
وفي احداهما نصف الدية وفي تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال
الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال ــــــــ
وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احداهما نصف دية المرأة لما بينا
بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة لانه ليس فيه تفويت المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة
الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احداهما نصف الدية لما بيناه
قال ــــــــ وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه
يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل للمجاور كالراوية للقربة
وهو حقيقة في المنبت وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى
والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في
احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم
فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع
القصبة قال ــــــــ وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام
وفي كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر
فتقسم الدية عليها قال ــــــــ والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في
اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة كاليمين مع الشمال ولذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطعها
كل منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتقسم الدية عليها اعتبارا
قال ــــــــ وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها
مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال ــــــــ
وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن

خمس من الابل والاسنان والاضراس كلها سوا لاطلاق ما روينا ولما روى في بعض الروايات والاسنان كلها سوا ولان كلها في اصل المنفعة سوا فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطا فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات ٥ قال ـــ ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استوا القامة فلو زالت الحدوبة لا شي عليه لزوالها لا عن اثر ٥

فصل في الشجاج ٥

قال ـــ الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ قال ـــ ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلم قضى بالقصاص في الموضحة لانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ـــ ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر الرواية انه يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسمار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفا القصاص ٥ قال ـــ وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز قال ـــ وفي الموضحة ان كانت خطا نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلم قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى في المامومة ثلث الدية وقال عليه السلم في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بديا مروي عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه ٥

فصل

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان قطع الاصابع يفوت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلم وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان

الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على
تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع
فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا
كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف
من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شي في
الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر
ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شي واحد ولا الى اهدارهما
لان كل واحد منهما اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا
لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات
والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع
ولا شي في الكف في قولهم جميعا لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل
فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة
حكومة عدل تشريفا للادمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذا السن
الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رحمه
الله تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه
الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام
بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل
الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة
وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطا
قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان
بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات
جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء
في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رحمه الله لا يدخل لان كل واحد منهما جناية
دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان
ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة رحمه الله

وابي يوسف وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر
وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة
بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر
بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت
عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في
الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى
فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها فلا قصاص عليه في شي من ذلك وينبغي ان تجب الدية
في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا
وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور
واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة ولهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين
مبتدأتين فالشبهة في احداهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى
غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء
بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا
المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر فاورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف
النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه
ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شي من ذلك عند
ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر والحسن رحمهما الله يقتص من الاول وفي الثانية ارشها
والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في المسئلة الاولى وهو ما
اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس
والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخرى لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند
محمد رحمه الله على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص توجب
القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق
التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى
النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص

الا على رواية ابن سماعة رحمه الله ولو اوضحه موضحتين فتاكلتا فهو على الروايتين هذا بين ولو قلع سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رحمة الله وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتداه من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رحمه الله انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن رجل فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسماية درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستانى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبت تبين انا اخطانا فيه والاستيفا كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستانى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط سنه بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شي على الضارب وعن ابي يوسف رحمه الله انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعدها ان شا الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ٥٠

قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجر الطبيب وثمن الدوا بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع

اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحته فبرا منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتدا قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرا وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلم يستانى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مالها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو من مال القاتل لقوله عليه السلم لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتدا فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطي وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالموجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون موجلا كدية الخطا وشبه العمد وهذا لان القياس يابى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقوم ثبت بالشرع وقد ورد به موجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطا وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسماية فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فيجب عليه حكمه الاخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاه سوا ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية

فأما ما يترتب على العلة والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فأنى يتحقق منهما
القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها
ستارة ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية قال رضي الله عنه
معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس
أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما
روي أن النبي عليه السلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ويروى أو خمسمائة فتركنا
القياس بالأثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رحمهما الله وهي على
العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك رحمه الله في ماله لأنه بدل الجزء
ولنا أنه عليه السلم قضى بالغرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلم دية
حيث قال دوه وقالوا أندي من لا صاح ولا استهل الحديث إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة
وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لأنه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته
ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلم جعل على
العاقلة في سنة ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث
الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة لأن
بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية
لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا
ولأن في الحي إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر
بمقدار واحد وهو خمسمائة وإن ألقته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لأنه أتلف حيا
بالضرب السابق وإن ألقته ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح أنه
عليه السلم قضى في هذا بالدية والغرة وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا
ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين لأنه قاتل شخصين وإن ماتت ثم ألقته ميتا
فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب
فصار كما إذا ألقته ميتا وهي حية ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يختنق بموتها
إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه

لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا
فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل
قال وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته
لو كان أنثى وقال الشافعي رحمه الله عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ
مقدارها من الأصل ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان
ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف رحمه الله
يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق
ضمان مال عنده على ما نذكر فصح الاعتبار على أصله فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم
ألقته حيا ثم مات فعليه قيمته حيا ولا يجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب
السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لأنه صار قاتلا
إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين
كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن
شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وقال الشافعي رحمه الله تجب لأنه نفس من وجه
فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة
فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا فإذا تقرب
إلى الله كان أفضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام
في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة
والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولأن بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل
من عرض الناس أن ينزعه لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض
كما في الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه فكذا في الحق المشترك
قال ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق
ما في معناه به إذ المانع متعنت فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلم لا ضرر ولا
ضرار في الإسلام قال وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفا

ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال ———

واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب به فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصابه ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم بذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا من العمل لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه كانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان

لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استأجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ———

ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد لانه ما احدث شيئا فيه وانما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك ان حفره في ملكه لا يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي

حنيفة رحمه الله لانه متعدي في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع قال
ابو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم
سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبير وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما
حدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر اجراء يحفروا له في
غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شي على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة
صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم مغرورين فصار كما اذا امر آخر ان
يذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على
الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشر فيضمن فيرجع للغرور وهنا يجب
الضمان على المستاجر ابتدا لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد
فترجح جانبه فان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور
فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه
انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان
على المستاجر لان كونه فناءه بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء
الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا
بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ـــــــ ومن جعل قنطرة بغير
اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع
خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد وهو تسبيب والثاني تعد
وهو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما
في الحافر مع الملقي قال ـــــــ ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به
فهو ضامن وكذا اذا سقط فعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به
انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج
في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه
فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان
الحاجة لا تدعو الى لبسه قال ـــــــ واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه
قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من
غير

غير العشيرة يضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من
القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من
اهل المسجد ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون
غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير
اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا
مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا انفرد
بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله قال ـــــــ وان
جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة
ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القران
او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او
قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف
وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة ولان المنتظر
للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني
للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل
مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا عزو ان يكون الفعل
مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد
والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره
وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان
المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من
المسلمين ان يصلي فيه وحده ع

فصل في الحائط المائل

قال ـــــــ واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه
فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا
يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في
ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان

ان الحايط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هوا المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا
تقدم اليه فطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب
انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به لذا هنا بخلاف ما اذا
هلك في يده بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب
عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر
العام من الواجب وله تعلق بالحايط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع
العام منه ثم ما تلف به من النفوس يجب الدية ويتحملها العاقلة لانه في كونه جناية
دون الخطا فيستحق فيه التخفيف بطريق الاولى كيلا يؤدي الى الاستيصال والاجحاف به
وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل
المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن
من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا
اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحايط
لانعدام التعدي ولو بنى الحايط مايلا في الابتدا قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد
لان البنا تعدى ابتدا كما في اشراع الجناح ويقبل شهادة رجل وامراتين على التقدم لانها
ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان
النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركا
في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امراة حرا كان او مكاتبا
ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد به كل صاحب حق
قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص
وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة
ما شغل هواها ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جايز
ولا ضمان عليه فيما تلف بالحايط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من
اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما
اشهد عليه وقبضها المشتري برى من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد
زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرا



على ما ذكرناه ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شراه فهو ضامن
لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من
يتمكن من نقض الحايط وتفريغ الهوا ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر
والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى
الوصي والى ابي اليتيم او امه في حايط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان
في مال اليتيم لان فعل هولا كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سوا كان
عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد
وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال الق
بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن
من نقض الحايط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي
ولو سقط الحايط المايل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه
لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه
والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على
الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه
لان التفريغ الى مالكها قال وان كان الحايط بين خمسة رجال اشهد على احدهم
فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كان دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم
فيها بيرا او بنى حايطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر
وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية
وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك
ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جز علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة
الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها
صغرت ام كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او راسها

او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور
في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من
وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين
ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما
فيه من المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطا وما يضاهيه ممكن فانه
ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب
ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة
ايضا لانه يمكنه الاحتراز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل
الطريق به فيضمنه قال ـــ وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت
غبارا او حجرا صغيرا ففقا عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لان في
الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك
عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف
قال ـــ وان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من
ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك
الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا
الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا
يلحق به والسايق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقايد ضامن لما اصابت بيدها دون
رجلها والمراد النفحة قال ـــ رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره واليه مال
بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمراى عين السايق فيمكنه الاحتراز عنه وغايب عن بصر
القايد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السايق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها
اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز بخلاف الكدم لامكان كبحها بلجامه وبهذا
ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم
والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وانتقال
الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب قال ـــ وفي الجامع الصغير
وكل شي ضمنه الراكب ضمنه السايق والقايد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو

تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب
الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطاته الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على
الراكب فيما وراء الايطا لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير
الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شي وكذا الراكب
في غير الايطا والكفارة حكم المباشر لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطا في حق الراكب حرمان
الميراث والوصية دون السايق والقايد لانه يختص بالمباشر ولو كان راكب وسايق قيل لا
يضمن السايق ما وطيت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسايق مسبب على ما ذكرنا
والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال ـــ
واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الاخر وقال زفر والشافعي يجب على
عاقلة كل واحد منهما نصف دية الاخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما
مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه
كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على
قارعة الطريق بيرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت
مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا
للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبير ووقع فيها لا يهدر شي من دمه وفعل
صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنايم اذا انقلب على غيره
وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا
بما ذكرنا وفيما ذكر من المسايل الفعلان محظوران فوضح الفرق وهذا الذي ذكرناه اذا كانا حرين
في العمد والخطا ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطا لان الجناية تعلقت برقبته دفعا
وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فيهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما
هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا ففي الخطا تجب على
عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فياخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية
فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادمي
فقد اخلف بدلا بهذا القدر فياخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف
وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر

ماخذ ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته لانعدام ما
اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل
فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا
التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا
يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما
مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير
انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد
صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على
العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد
قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا
توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان
القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال
وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد
الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب
الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه
العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة
التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير
لانه امر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط
اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة
فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها
ضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن
والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود
السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد
ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح
نائبا عن المرسل فلا ينضاف فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد

فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن
ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر
في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف
اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له
طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد
ثم سارت فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد
وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى
صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان
شغل الطريق تعد فيضمن ما يتولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف
التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمنة او شمالا
وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان
على صاحبها لقوله عليه السلام العجماء جبار قال محمد هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه
لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها
ففيها ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع
القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة
ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه
ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه
الادمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه الماكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب
الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا
المستعمل فكانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احداها ومن سار على دابة في الطريق فضربها
رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس
دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان
بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد والراكب في فعله غير
متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على
الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه

بمنزلة الجاني على نفسه فان اتلف الراكب فقتله كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في
تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على
الناخس دون الراكب والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سوا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان
على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى
الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها
ولا ضمان عليه في نخسها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه
لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا
اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله
السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة الوطء
فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للتسيير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب
العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر
شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء
والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا حتى ضمن
عاقلة الصبي فانهم يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا
فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى
يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فورها ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع النخس فبقي
السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت
في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا
كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء
منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك لانه متعد بشغل
الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعها او تفديه وقال
الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف
في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية

ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي
بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في
الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن
استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا
كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى
تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة
للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء
لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كي لا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع
في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى
الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في
صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك
يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء
فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه
ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان
حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا
اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه
على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى
قال وان عاد فجنى كان حكم الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن
الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين
قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحدة
منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك
المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر
ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع
اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف
من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما

تعلق به حقه من العبد لان الحقوق متعلقة باختلاف اسبابها ومن الجنايات المختلفة بخلاف
مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الاخر لان الحق في الاختيار
سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في
موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان
اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لانه في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا
يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار دون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع
فالاقدام عليه اختيار منه للاخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان
كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط
به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قال المقر
والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع
واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم
البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض
على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف
الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني
عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة
دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه
ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا
فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على
ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا
لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان
ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان
الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا
او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا لان وقت تكلمه
لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق
الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في

يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز
فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامراته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك
يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى
طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان
غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه
ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة
الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء
فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء
اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا
لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر
فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير
بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا طلق منكوحته ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها
عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح
الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا وان يجعل
صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد دل الدليل على
الرضى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير
فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع
باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل
قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من
ذلك قال العبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا
فيما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وهنا قال يجب
وبعض مشايخنا قالوا ما ذكر هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس
والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في
اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة
فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم

سقط الجناية لم يمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه ... من قبل
قال وان جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم
يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل
واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع الى الاولياء والبيع للغرماء فكذا عند
الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرما
فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها
المولى الى الغرما لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه
وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال
واذا استدانت المأذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع
الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفا فيسري الى
الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها
اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية
قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك
الرجل خطا فلا شي عليه لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرا
العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق
العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول
العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه
والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فدا وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت
امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه
معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت
يدك وانت امتي وقالت لا بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا
الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا
بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية
للضمان كما في المسألة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي الشي القائم اقر بيده حيث اعترف
بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليه

ولهما انه لم يجب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول له كما اذا قال لغيره فقأت عينك
اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة فان
القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها
وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بخلاف الوطي والغلة لان
وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا
يجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية قال واذا
امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة
وعمده وخطاؤه سوا على ما بينا من قبل ولا شي على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان
باقوالهما لان المواخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على
الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا
لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا
معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبد محجور عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع والفدا
ولا رجوع على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفدا وقيمة العبد لانه
غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطا وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل
صغير لان عمده خطا اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال
واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى
يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل منهما سقط
القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتدا وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين
الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف وان كان قتل احدهما عمدا والآخر
خطا فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف
من وليي العمد وعشرة آلاف لولي الخطا لانه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطا في كل الخطا
عشرة آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفدا فيجب خمسة عشر
الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العافي من وليي العمد
عند ابي حنيفة وقالا يدفعه اليهم ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطا وربعه لولي العمد
فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطا بلا منازعة واستوت

منازعة القبر بقي في النصف الاخر وبعد ما نصف ولهذا يقسم [illegible] بطريق
العول والمضاربة اثلاثا لان الحق يتعلق بالرقبة واصله التركة المستغرقة بالديون
فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظاير واضداد ذكرناها في
الزيادات بتوفيق الله قال ـــــــ واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي
قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى
الاخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب ايضا وفي
بعض النسخ ذكر قول محمد مع ابي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان
فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في
مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رحمه الله في المسئلتين ان حق القصاص
يثبت في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا
انقلب مالا يكون على هذا الوجه وجه قولهما ان القصاص كان واجبا على العبد لهما
فاذا عفا احدهما ينقلب نصيب الاخر مالا وذلك نصف الدية لكن شايعا في كل العبد
فما لا في نصيب نفسه سقط وما لا في نصيب شريكه وهو العافي ثبت وصارت جنايته
موجبة ربع الدية فيفديه بذلك او يدفع ربعه وهو نصف نصيب العافي لان الجناية لو
وجبت كل الدية لوجب دفع كل العبد وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان حق كل واحد
منهما في القصاص في نصف العبد لكن غير معين لان كل نصف يصلح محلا للقصاص سوا
كان ذلك النصف نصيبه او نصيب صاحبه شايعا من النصيبين فاذا انقلب نصيب
صاحبه الذي لم يعف مالا انقلب في محل القصاص فيكون غير معين ايضا فعلى تقدير انه
لا في نصيب نفسه بطل الجميع وعلى تقدير انه في نصيب شريكه ثبت جميعه وعلى تقدير
انه لا في نصفا شايعا من النصيبين ثبت نصفه وبطل نصفه والمال لم يكن واجبا فلا يجب بالشك

فصل ومن قتل عبدا خطا فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت
قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت
قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب
قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد

[illegible] ولم يذكر احتلاف الرواية في رواية [illegible] في عبد قتل مولاه عمدا وله
ابنان [illegible] في هذه المسئلة واما الاختلاف الذي ذكرناه في الخلاف [illegible] ذكر اختلاف [illegible] في هذه المسئلة جميعا

اي في مسئلة الجامع الصغير وهي ان يكون عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فعفا احدهما وجواب ابي يوسف في تلك المسئلة سوا انه [illegible] يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية وحينئذ الحق في الزيادات قول ابي يوسف كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية عن ابي حنيفة في جواب مسئلة الكتاب [illegible] لكن الكلام عن الثانية الى ان جواب ابي حنيفة في مسئلة الكتاب كجواب ابي يوسف وهذا خلاف ما ذكر محمد في الجامع كما ذكر في الهداية حيث قال واذا كان عبد بين رجلين الخ ولا غرض محمد كتاب الجامع الصغير على ابي يوسف خطا ابو يوسف في ست مسائل في روايته عن ابي حنيفة وهي مذكورة في اول الجامع الصغير لفخر الاسلام منها هذه المسئلة وقال ما رويته عن ابي حنيفة الخلاف في هذه [illegible] وبيانه فعفا احدهما الا ان محمد لم يرجع عن روايته

الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية
اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله
مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا
وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما
وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع فائدته
حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل
القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته راياً بخلاف كثير
القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط
رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال ـــــــ وفي يد
العبد نصف قيمته لا تزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه فتعتبر
بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو
مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان
غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب
ضمان المالية قال ـــــــ ومن قطع يد عبده فاعتقه المولى ثم مات من ذلك
فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك
الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق
لان القصاص يجب عند الموت ويستند الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق
للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه ويتعذر الاستيفاء فلا يجب على
وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد
الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى
وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد
ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة
بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لاخر بعتني
هذه الجارية بكذا وقال الاخر زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية

وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا
ثبوت الولاية للولي فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول
بالاستيفا بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان
الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق
لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطا دون العمد لان العبد لا يصلح
مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت
لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فجا الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد
مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له
سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصل الاول عند محمد يجب ارش اليد
وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل
وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني ومن قال لعبديه احدكما حر
ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة صادفت
المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان
البيان انشا من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشا في
حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد
ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل واحد
منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد
فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم
فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال
ومن فقا عيني عبد فان شا المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شا امسكه ولا شي له من
النقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شا امسك العبد واخذ ما نقصه وان شا دفع
العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه جعل الضمان
مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه وفقا احدى عينيه ونحن نقول
ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا
عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان

يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا
عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقا احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما
ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال
فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شا المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شا امسك
الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة
فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد اخر يومر المولى بالدفع او الفدا
وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام
الاولى ان لا ينقسم على الاجزا ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة
فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم ٥ **فصل في جناية المدبر وام الولد ٥**

قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي
عن ابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه
في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختيار الفدا فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية
وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش
ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس
واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين
الدفع والفدا وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في
رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص
فيها ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق ٥
قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بقضا فلا
شي عليه لانه مجبور على الدفع قال فان كان المولى دفع القيمة بغير قضا فالولي بالخيار
فمن شا اتبع المولى وان شا اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شي على
المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما
اذا دفع بالقضا ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي
الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا تشارك ولي

الجناية الاولى ومتاخر حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين ~~~ اذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطا على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد ٥



باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك ٥

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب فلا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا له وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب

لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ هي كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع بخلاف الفصل الاول عند محمد ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل اليه ثم قيل هي المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله وهو ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف

ذلك

تسبيبا لانه نقله الى المسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع تغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لا ضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثني عشر سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق ولان التسلط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بالضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ها هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره قال واذا استهلك مالا يريد به من غير ايداع ضمنه لانه مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله اعلم

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الولي خمسين يمينا ويقضى له بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل

على واحد

على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رحمه الله في البداءة بيمين الولي قوله عليه السلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب رحمه الله ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا الاعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وكذلك جمع بينهما في حديث زياد بن ابي مريم وكذلك جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذلك اليمين مبرئا عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت الدية بتقصيرهم في المحافظة كما عرف في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية وهذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا

او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن
ابي يوسف رحمه الله في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من
اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه قبله يمينا واحدا ووجه قول
الشافعي رحمه الله ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في
مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما عداه يبقى على اصل القياس وصار كما
اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا
فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبهما بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على
واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبنا لاوجبنا بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت
ما ادعاه اذا كان له بينة فان لم يكن استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع
القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على
اختلاف قد مضى في كتاب الدعوى قال ــــ وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان
عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا
فكرر اليمين على واحد منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك
ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها
بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له
ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال ــــ ولا قسامة على صبي ولا مجنون
لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال ــــ ولا امرأة ولا عبد لانهما
ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها قال ــــ واذا وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة
ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت
حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون
به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج
الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه
او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد
ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها
القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد

يداه او رجله او راسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن والاكثر
حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا يجري فيه القسامة ولانا
لو اعتبرناه يجتمع القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا يتواليان والاصل فيه ان الموجود
الاول ان كان بحال لو وجد الباقي يجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد
الباقي لا يجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا
الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا
يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان
تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال ــــ
وان وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان
في داره وكذا اذا كان راكبها او قائدها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد
في دارهم قال ــــ وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان
النبي عليه السلم اتي في قتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه
في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب
فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كانت بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه
الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا قال ــــ وان وجد القتيل في
دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم
قال ــــ ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول
محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما
تكون بالملك الا ترى انه عليه السلم جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر ولهما
ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية
التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلم اقرهم على املاكهم فكان ياخذ منهم على
وجه الخراج قال ــــ وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا
الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو
المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل

وقيل ابو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم
فكذلك يعني من اهل الخطة لما بيناه وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان
الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة
على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا
فالقسامة على رب الدار تكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا
قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم
فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة
قال وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو
على رؤوس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ
والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم
يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على
عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري
وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ
ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على صاحب الدار
دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار
الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقتدر على الحفظ
باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه
الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص
الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده
اذ بها يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله
العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل
العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على
العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة بها في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال
وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ
يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك وفي ذلك

وعلى المالك في سواء وكذلك العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله ظاهر والفرق
لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا
تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد
في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص
به واحد منهم وكذا الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق
ان كان مملوكا فعند ابي يوسف تجب على السكان وعندهما على الملاك وان لم يكن مملوكا
كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية
على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية
التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون
فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود
اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة
وابي يوسف وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع
الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير وهذا اذا لم
تكن مملوكة لاحد فان كانت مملوكة فالقسامة والدية على عاقلته وان وجد بين قريتين كان
على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا
في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم
لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقربه الا
ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص
اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون الدية والقسامة عليهم قال واذا ادعى الولي
على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان
قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم والفرق ما بيناه وهو ان وجوب
القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف
ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم
لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل
بين ظهرانيهم الا بدعوى الولي واذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه

وقد ذكرناها من قبل قال وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل
المحلة لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل منهم
بعينه فلم يكن على أهل المحلة لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة قال
ولا على أولئك حتى يقيموا البينة لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه
إنما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا
بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة
وإن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك
وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو
قتله فكان هدرا وإن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيّنا وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب
على المالك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وقد ذكرناه قال وإذا قال
المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لأنه يريد إسقاط
الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكر لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى
عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال وإذا شهد اثنان من أهل المحلة
على رجل من غيرهم أنه قتله لم تقبل شهادتهم وهذا عند أبي حنيفة وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية
أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل
بالخصومة وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا [اذا عزل قبل الخصومة]
من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه
وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من أهل المحلة
بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه
والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه
ولا يزادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة
فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على
القبيلة وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لأن الذي
حصل في القبيلة أو المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش وله
أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص وإن كان صاحب فراش أضيف إليه

وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو أن رجلا معه جريح به رمق
حمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف وفي
قياس قول أبي حنيفة يضمن لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا
وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته
لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه لأن الدار في يده حين وجد الجريح
فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا
لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب
إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل
نفسه فيهدر دمه ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحا قال
أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر
فلا يضمنه بالشك ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا
كما إذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها
تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب وقال أبو يوسف القسامة
على العاقلة أيضا لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها
فأشبهت الصبي ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال
المتأخرون إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة لأنا أنزلناها قاتلة والقاتل
يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها
قال هو على صاحب الأرض لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية والله أعلم بالصواب

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك والدية في
شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون
العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام
في حديث حمل بن مالك للأولياء قوموا فدوه ولأن النفس محترم لا وجه إلى الإهدار والخاطئ معذور
وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا إلى الآلة فلا وجه لإيجاب العقوبة عليه وفي إيجاب مال عظيم
إجحاف به واستئصاله فيضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وإنما خصوا بالضم لأنه إنما

قصر لقوة فيه وذلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به
والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل
الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال
الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلم ولا نسخ
بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون
الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم صح
وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة
والحلف والولا والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله
اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله
والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطا اولى منه في اصول اموالهم والتقدير
بثلث سنين مروي عن النبي عليه السلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطا
للتخفيف والعطا يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ
منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضا حتى لو اجتمعت
في السنين الماضية قبل ثم خرجت بعد القضا لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضا على ما نبين ان
شا الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها
كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب
بالعقل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة
الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على
القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب
على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس
يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطا فعلى كل واحد عشر
الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت
القضا بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضا فيعتبر ابتداؤها من وقته
كما في الولد المغرور ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي معتبرة
والمعاقل تقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال

العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على
اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين
على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح
وان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب
فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآبا والابنا
فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة
وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآبا والابنا لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات
اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب
ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف
دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف
دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال فينقص منها
تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث
سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطايا قائم مقامه اذ كل منهما صلة
من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث
بمنزلة العطايا وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضا يؤخذ منه سدس الدية
وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل شهر بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة
مقدار الثلث وان خرج بعد القضا بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان
كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق
لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الادا منه والاعطيات
ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم
لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل
شي من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل
اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطي معذورا فالبري عنه اولى قال الله تعالى
ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر
رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم

من اقربيه والناس لا يتناصرون بالصبيان والنسا ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة
وهو الجزيه وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراه لا شي عليهما من الديه بخلاف الرجل لان وجوب
جزء من الديه على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض
لهما من العطا بالمعونه لا للنصره كفرض ازواج النبي عليه السلم ورضي عنهن ولا يعقل اهل مصر
عن اهل مصر اخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حده لان التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر اخر ويعقل اهل كل مصر
عن اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر
باعتبار معنى القرب والنصره ومن كان منزله بالبصره وديوانه بالكوفه عقل عنه اهل الكوفه
لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه
حكم النصره بالقرابه والنسب والولا وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصره بالنسب على
ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من صور مسايل المعاقل ومن جنى جنايه من اهل المصر وليس له في
عطا واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط
ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابه وقيل هو الصحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون
بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطا وقيل تاويله اذا كان
قريبا لهم وفي الكتاب اشاره اليه حيث قال واهل البادية اقرب من اهل المصر وهذا لان الوجوب
بحكم القرابه واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدره على النصره لهم وصار نظير مسئله
الغيبه المنقطعه ولو كان البدوي نازلا بالمصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطا لا
ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم
وان كان لاهل الذمه عواقل معروفه يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم
لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمه عن الاضرار ومعنى
التناصر موجود في حقهم وان لم يكن له عاقله معروفه فالديه في ماله في ثلث سنين يوم يقضى بها عليه
كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقله ان لو وجدت فاذا لم
توجد بقي عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالديه عليه في
ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن
مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر

كله مله واحده قالوا هذا اذا لم تكن المعاداه فيما بينهم ظاهره اما اذا كانت ظاهره كاليهود
والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان
القاتل من اهل الكوفه وله عطا فحول ديوانه الى البصره ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالديه
على عاقلته من اهل البصره وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفه وهو رواية عن ابي
يوسف لان الموجب هو الجنايه وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفه وصار كما اذا حول
بعد القضا ولنا ان المال انما يجب عند القضا لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضا ينتقل الى
المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته
عند القضا بخلاف ما بعد القضا لان الوجوب قد تقرر بالقضا فلا ينتقل بعد ذلك لكن
حصة القاتل يوخذ من عطائه بالبصره لانها يوخذ من العطا وعطاوه بالبصره بخلاف ما اذا
قلت العاقله بعد القضا عليهم حيث ضم اليهم اقرب القبايل في النسب لان في النقل ابطال
حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول
لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفه وليس له عطا فلم يقض عليه حتى استوطن
البصره قضي على اهل البصره بالديه ولو كان قضي بها على اهل الكوفه لم ينتقل عنهم وكذا
البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل قضا القاضي يقضي بالديه على اهل الديوان وبعد
القضا على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية
قضي بالديه عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطا حيث تصير الديه في اعطياتهم
وان كان قضي بها في اول مره في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضا الاول لانه قضي بها في اموالهم
واعطياتهم اموالهم غير ان الديه تقضى من ايسر الاموال ادا والادا من العطا
ايسر اذا صاروا من اهل العطا الا اذا لم يكن مال العطا من جنس ما قضي به عليه بان كان
القضا بالابل والعطا دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضا الاول لانه
لكن يقضى ذلك من مال العطا لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيله مولاه لان النصره
بهم ويويد ذلك قوله عليه السلم مولى القوم منهم ومولى الموالاه يعقل عنه مولاه وقبيلته
لانه ولا يتناصر به فاشبه ولا العتاقه وفيه خلاف الشافعي وقد مر في الولا ولا تعقل
العاقله اقل من نصف عشر الديه وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس
رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا

ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما روينا وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس ولا تعقل العاقلة جناية العبد الا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوه الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا اوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على الجاني وهو القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب وان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت

عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب تبين ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر مسلم فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم ادت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت بالاقرار في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الامر وعلى عاقلته لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه هنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي يخرج عليها ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاول لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاول فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متقنا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله الموفق للسداد وهو الكريم اللطيف الجواد وعلى فضله الاعتماد

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باملِه مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف الممات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصوده المالي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع

الوصية بذلك فشرعناه ومثله في الإجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة
كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة
وهو قوله عليه السلام إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم
تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم وعليه إجماع الأمة ثم تصح للأجنبي في الثلث من
غير إجازة الورثة لما قلنا وسنبين ما هو الأفضل إن شاء الله تعالى ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله
عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعدما نفى وصيته بالكل والنصف
ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق
حقهم به إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه
وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الإيثار على ما نبينه وقد
جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث
قال إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه
ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن
يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه
لأن الساقط متلاش غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم
وهذا قد مضى وتلاشى ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه
ينقلب حقيقة قبله والرضى ببطلان الحق لا يكون رضى ببطلان الحقيقة وكذلك إن كانت الوصية
للوارث وأجازه البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل
الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي
والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل
عامدا كان أو خاطئا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى بعد أن كان مباشرا
فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه
قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو أجازتها
الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز لأن جنايته باقية
والامتناع لأجلها ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث
ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام

إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ففي
تجويزه قطيعة الرحم ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث
وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت
والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لأنها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث وإقرار
المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار قال
إلا أن يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم ولو
أجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال
ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالأول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
الآية والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين
في حالة الحياة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة لقوله تعالى إنما ينهاكم
الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها
الموصى له في حال الحياة أو ردها فذلك باطل لأن أوان ثبوت حكمها بعد الموت لتعلقه به فلا
يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث
سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال
الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا إن كانت
الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه
السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وإن كانوا
أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي والترك هبة من القريب
والأولى أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل واحد منهما
على فضيلة وهو الصدقة أو الصلة فيخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول
خلافا لزفر وهو أحد قولي الشافعي رحمهما الله هو يقول إن الوصية أخت الميراث إذ كل منهما خلافة
لما أنه انتقال ثم الإرث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد
ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله
أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول
قال إلا في مسألة واحدة وهو أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل

الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول
فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد ايجاب البائع ووجه الاستحسان ان الوصية من جانب
الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته انما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في
ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشترى اذا مات قبل الاجازة قال ——— ومن
اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه
فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبريه الغرما لانه لم يبق الدين فينفذ الوصية
على الحد المشروع لحاجته اليها قال ——— ولا تصح وصية الصبى وقال الشافعى تصح اذا
كان في وجوه الخير لان عمر رضى الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذى راهق الحلم
ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم ينفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبى ليس
اهله ولان قوله غير ملزم وفى تصحيح وصيته الزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب
العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب
بالترك على ورثته كما بينا والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم
الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال
وكذلك اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث
مالى لفلان لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد
والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال ———
ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابى حنيفة رحمه الله
لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى المكاتب بقوله كل مملوك املكه في المستقبل فهو حر ثم عتق
فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال ——— ويجوز الوصية للحمل وبالحمل
اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه
لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا الوصية اذ هي اخته الا
انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانه تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه
شيئا واما الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها
اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا يصح في غير الموجود كالثمرة فلان يصح في الموجود اولى
قال ——— ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول

الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد
الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد صح استثناؤه
وقد مر في البيوع قال ——— ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع
فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله
قبل القبول كما في البيع قال ——— واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا
اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع
بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق
المالك فاذا فعله الموصى كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل
يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن
والدار يبنى فيها الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن
تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار
الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصى فهو
رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراها او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه
فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا
المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطى ثوبه غيره يغسله
عادة فكان تقريرا قال ——— ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا لان الرجوع نفى في الحال والجحود نفى في الماضى
والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفى في الماضى والانتفاء في الحال ضرورة
ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضى ونفى في الحال
والجحود نفى في الماضى والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة
ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لان الوصف
يستدعى بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهى باطلة لانه الذاهب المتلاشى ولو قال اخرتها لا
يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط
ولو قال العبد الذى اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على
قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح

لها وكذا اذا قال هو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث
وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى
انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حيا وقت ذلك ثم مات قبل
موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه
يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب
الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما
بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن
حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلثه اسهم سهم
لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله الثلث بينهما ولا يضرب ابو حنيفة
للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان
الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل
فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة
اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة
في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة
فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته
قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق
تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو
هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو
اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير
لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان
كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه
ما قلناه قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس

فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له مثل نصيب احد الورثة
ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية
والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند اجازة الورثة
عدم
وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام
فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر
ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما لما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا
السهم كالجزء قال ومن اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول
يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم
البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت
الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس
او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة
متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه
او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي
وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه
على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد
يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها
في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا
فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج
من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من
اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها
لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث
الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وحده لانه لا يرى الجبر
على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر
الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال ولو اوصى لرجل بالف درهم وله مال
عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه

من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكل ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي
الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على
الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما تعتدل النظر
بما ذكرناه قال ـــ ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد
لان الميت ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن
ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا
بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث
مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضيته هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف
الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث وان قال ثلث مالي
بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ـــ ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق
الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه
بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا
ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا
انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه وصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت
وان لم يكن له غنم واستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح
فكذا اذا كانت بلفظ نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال
له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة وسط لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية
بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا
تصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر
الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة
لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه
الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ـــ ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن
ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله
ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رحمه الله

ان المذكور

ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القران فكان من كل فريق اثنان
وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به
الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل
فريق واحد وامهات الاولاد ثلاث فبلغ الحساب خمسة قال ـــ ومن اوصى بثلثه لفلان
وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين
ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء
على ما بيناه قال ـــ ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة درهم ثم قال لآخر قد اشركتك
معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد
المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين
ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد
بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ـــ ومن قال لفلان علي دين فصدقوه
معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان
الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع
لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم
ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من
يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير
فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من
الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال ـــ وان اوصى بوصايا غير
ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا
معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو
ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم
يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة
واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم
لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة
دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث ثلث ما اقروا والورثة ثلثي ما اقروا تنفيذا

لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على
ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ___ ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف
الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به فيصح في الاول وبطل في الثاني
بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي
والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي
وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية انشاء
تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد



اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه لاثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به
ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث
ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا
يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا قال ___
ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط وردي فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها
هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه
الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل
المقصود فبطل قال ___ الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو
الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الادون
ولصاحب الادون ثلثا الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون الثوب
وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد بيقين لانه اما ان يكون
وسطا وجيدا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال
واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب
الوسط فيه ضرورة قال ___ واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت
لرجل بعينه فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره
لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو ان يملكه بعد ذلك بالقسمة

التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم ارادا
ان يقتسماها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت
وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به
عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد
الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا
تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر به ملكه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد
الايصاء بملك ينتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر
وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في
هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار
الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر
ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر
البيت التقدير به وتحصيل المقصود ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا
بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير
على اعتبار احد الجهتين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق
المراة باول ولد تلده امته فالمراد في حق الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع
البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له
والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له
بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل
خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم
بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية
اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله والفرق له ان الاقرار بملك
الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يومر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير
لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ___
ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو
جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا

قبله ان يمنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازتها الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال ـــــ واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في التركة وهو في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال ـــــ ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة رحمه الله ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من ولدها وفي الجامع الصغير عين صورته وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السوا من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة والله اعلم

فصل في اعتبار حالة الوصية

واذا اقر المريض لامراة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال ـــــ واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن الارث وهو البنوة قايم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قايمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال ـــــ وكذلك لو كان الابن عبدا او مكاتبا ثم اعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقر له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في المرض

قال ـــــ ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك ما ابتدا المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكلما اوجبه

بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد
وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان
مريضا فهو من الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله
قال ــــ فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق
ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين جميعا والاصل ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز
الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع
في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض
لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق
وانما قدم العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه
وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي
فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى
لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت
وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو
لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم اعتق
ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها
وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق
الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل
حال قال ــــ ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم
يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ
وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال ابو يوسف ومحمد يعتق عنه بما بقي
لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بعتق عبد
يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية
بالحج لانها قربة محضة هي حق الله والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها
يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما

حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة
عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ــــ ومن ترك ابنين ومائة
درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان
العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز
باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ــــ ومن اوصى بعتق عبده ثم مات
فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على
حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع
فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية وكذا اذا فداه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه
الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموا وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية
بالفداء فصار كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ــــ ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له
والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في
المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان
العتق كان في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق
في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو
وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين
ولان العتق حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث
فيكون القول قوله مع اليمين قال ــــ الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه
لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم
في اقامتها لاثبات حقه قال ــــ ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال
رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار
كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار
بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع
الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث
المعنى بايجاب السعاية ولان الدين في المرض اسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة

الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعندهما الوديعة اقوى وعندهما هما سوا ٥

فصل ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرايض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدي بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدي بالاهم وذكر الطحاوي رحمة الله انه يبتدي بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احد الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جا فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقران دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب تقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرنا ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضى الله سبحانه وتعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الادميين ٥ قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب عليه لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لادا ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه ٥ قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدا من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه ادا للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم بالصواب ٥

باب الوصية للاقارب وغيرهم ٥

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله رحمه الله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار لانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هولاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عليه السلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان القصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قال ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه السلم لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقها لان بقا الصهرية ببقا النكاح وهو شرط وقت الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله

وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب
ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر
في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون
اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي
الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود
من هذه الوصية تلافي ما فرط واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه
قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في
عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر
بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان عنده رحمه الله يقيد بما ذكرناه وعندهما
باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله بالاب الادنى قال واذا
اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اعتبارا للاقرب كما في
الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف
الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث
بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها
اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا
وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن
وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه
او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها
مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة
وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى
واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى
وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ومن اوصى لآل فلان
فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه
وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن
ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان

يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني
فلان وللعميان والزمنى والارامل ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية
فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك
وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في
سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف
ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل
الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن
تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية
للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في
الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث عند ابي حنيفة رحمه الله اول
قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة
لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان
فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد
الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال
ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما
واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ
الوراثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال
اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر
في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى
فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعما عليه
فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف ان لا يكلم
موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في
هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق
هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي
يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك

فاشتجر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موالي واولاد الموالي وموالي
الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون
ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام
وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم به احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي
لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه بخلاف
ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر
اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة
لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه لانهم ليسوا بمواليه لا
حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله اعلم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع
يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون
محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف
عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها
تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى
والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها
والمعنى يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان
حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين
والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة
العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ابقاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا
كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو
اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار
مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل اولى وليس
للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم
وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر له مال اخر وتخرج الدار من

الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا
عنه قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى
له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من
ملك الموصي من غير مرضاته وانه لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي
بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره
فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل
المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها
وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم
اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها
بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار وقال الشافعي له ذلك
لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان
عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله ولنا ان الوصية تمليك
بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها
تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل
كذا ههنا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف
والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد
الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست
بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد
المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد
المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم
ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج
العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة
هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي
فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر
واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة

دار يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه
عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة
ثلث السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين
الورثة لتكون هو الذي يستعمل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف رحمه
الله فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول
المطالبة بالقسمة يبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو الطالب ولا حق له
في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر
برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة
لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الاخر فتعتبر هذه الحالة
بحالة الانفراد ثم اذا صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت
الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر اذ الوصية
اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا اوصى بامة
لرجل وبما في بطنها لاخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولاخر بفصه او قال
هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف
وفي هذه المسائل كلها اما اذا فصل احدهما عن الاخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف
وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف
ان ايجابه في الكلام الثاني يبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له
بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا يلزم شيئا
في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة
والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها
وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على
سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان كل واحدة منهما وصيته
بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا
عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول
الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة

لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص
اولا لا استثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال
ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له
ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه
فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول
المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم
والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فينتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود
مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره
فاذا اطلقت تتناولهما غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا
يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال ومن اوصى
لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في
ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل
لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق
ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة
جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية
بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواه لا يجوز ايراد العقد عليها
اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز
استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذه بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة
رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح
عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى
ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف
ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال
وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله

وقال ابو يوسف ومحمد الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم
قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في
معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فيجوز بنا على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما
هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم
الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البنا نفسه ليس بسبب
لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد
المسلمين والكنيسة لم تصر محررا لله تعالى حقيقة فبقي ملكا للباني فيورث عنه ولانهم
يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لتعلق حق العباد وفي هذه الصورة يورث المسجد
لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في
غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل
ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في
حقنا وهو ما ذكرنا وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازير وتطعم المشركون وهذه
على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين لما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة
في حقنا ولا تكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان تبنى مسجد للمسلمين او بان يسرج في
مساجد المسلمين وهي باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم
لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي
حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او تغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز
سوا كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم
ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات
والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم
فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة
المسلمين لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على
الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وفي المرتدة الاصح انه
يصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل
الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث

لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات
في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وان كان اوصى باقل
من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق
عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما
بينا وكذا اذا اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ولهذا تجوز عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد
مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على
قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من
الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى
المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى
لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورد ها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله
معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف
الوكيل بشرا عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي يقدر
على التصرف بنفسه قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه
التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان
شا قبل وان شا لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد
لزمته الوصية لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره
من الوصي وسوا علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان
الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا
يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه
كاثبات الملك بالبيع والشرا وقد بيناه من قبل وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل
حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه عن الوصية حين
قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصا لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقا

مجبور بالثواب ودفع الاولى وهو اعلى اولى لان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك
لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر بنفسه وبغيره فيدفع القاضي
الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه
فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال
القاضي قال ـــــــ ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب
غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل
ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه
باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا
لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية
الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة
المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم
واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط
في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره
قال ـــــــ ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح الوصية لان للكبير ان يمنعه
او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا
كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة ولا يجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد
مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما
ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية
الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض
الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية
فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يوذن بكونه
ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول
يصار اليه كيلا يودي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال ـــــــ ومن عجز
عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل
بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى

يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه
اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي
ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم
على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي
الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت
غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحيا
لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له قال ـــــــ ومن اوصى الى
اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشيا معدودة
نبينها ان شا الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشيا
لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية
الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما يتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي
كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يوذن باختصاص كل
واحد بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى
وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد
كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما
كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه
وهاهنا حق التصرف للولي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح
وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشيا المعدودة
لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناه ابدا وهي ما استثناه في
الكتاب واخواتها فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه
الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها
ورد المغصوب والمشترى شرا فاسدا وحفظ الاموال وقضا الديون لانها ليست من باب
الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع
في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد
بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر

ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضايعة لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من يقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضا كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفى قال واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصا الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصا اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصا اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جايزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشرا المورث والوصي خليفة

الميت



الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرا الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي ولان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشي والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد رحمه الله لا يرجع بشي لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج به فهلك لا يلزمه شي وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غايب فقسمته جايزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حقوق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغايب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغايب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرما فهو جايز لان الوصي قايم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرما وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرما متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرما حق الاستسعا اما ها هنا فلا قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد

فيكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم
يسلم فقد اخذ الوصي البايع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع فيما ترك الميت لانه
عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم
رجع الى ما اخذ ثانيا ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الثلث لان
الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه
بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا
تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضا اذ يتحامى عن تقلد هذه
الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك
الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضا فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن
بها وفا لم يرجع بشي كما اذا كان على الميت دين اخر قال ـــــ وان قسم الوصي الميراث
فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير
لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه
قال ـــــ واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون
املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض
الوجوه قال ـــــ ولا يجوز بيع الوصي ولا شراوه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا
نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي
الماذون والعبد الماذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراوهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة
لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية
نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة
فيه وهم ليسوا من اهله قال ـــــ واذا كتب كتاب الشرا على وصي كتب كتاب الشرا
على حدة وكتاب الوصية على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته
في اخرهما من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان
ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال ـــــ
وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شي الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا
يليه فكذا وصيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير

الا انا استحسناه لما انه حافظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ
اما العقار فمحصن بنفسه ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف
ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام
ووصي العم وهذا الجواب في تركة هولا لان وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون ما يكون من
باب الحفظ فكذا وصيهم قال ـــــ والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي
الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب في حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا
ان بالايصا تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قايمة معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا
لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم
يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي
غير انه يقدم وصي الاب في التصرف لما بينا **فصل في الشهادة** واذا شهد
الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا
لانفسهما الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا
من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتدا او ضم اخر اليهما برضاه بدون
شهادتهما فيسقط بشهادتهما مونة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي فكذلك
الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى فلان وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا
بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشي من مال الميت او غيره فشهادتهما ديهما
باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال ـــــ فان شهدا
لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ان شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة
اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول
عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب
عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين
الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق
للاخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تقبل
في الدين ايضا وابو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد

وجه القول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي
بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الآخر ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ
الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه
فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة
لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد
المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا
تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى
للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين
بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة
مثبتة للشركة والله اعلم

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال رضي الله عنه واذا كان للمولود فرج وذكر
فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي
عليه السلم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان
البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان
بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سوا
فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو
وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة
الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان
يخرج منهما على السوا فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او
وصل الى النسا فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات
الذكر ولو ظهر له ثدي كثدي المراة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول
اليه من الفرج فهو امراة لان هذه من علامات النسا وان لم يظهر احدى هذه العلامات
فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت له هذه المعالم

فصل في احكامه

قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط والاوثق في
امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام

قام بين صف الرجال والنسا لاحتمال انه امراة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم ولا
النسا لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته وان قام في صف النسا فاحب الي ان يعيد صلوته
لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره
والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امراة قال واحب الينا ان
يصلي بقناع لانه يحتمل انه امراة ويجلس في صلوته جلوس المراة لانه ان كان رجلا فقد
ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امراة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النسا واجب
ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم
يعد جاز وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة و
يكره ان يختنه الرجل لانه عساه انثى او تختنه امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم
يكن له مال ابتاع الامام له جارية من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها
ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغنا عنها ويكره له في حياته لبس الحرير والحلي وان يتكشف
قدام الرجال او قدام النسا وان يخلو به غير محرم من رجل او امراة وان يسافر من غير محرم من
الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في
لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس
المراة لان ترك لبس المخيط وهو امراة افحش من لبسه وهو رجل ولا شي عليه لانه لم يبلغ ومن
حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى
لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق
حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال
الخنثى انا رجل او قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى بخلاف قضية الدليل
وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم
يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنسا فيتوقى في احتمال الحرمة ويتيمم
بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى
وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات
فصلي عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيوخر عن
الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من غير عذر

جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امراة قدم الخنثى
لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المراة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما
تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقمت سنته
وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما
اثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا
ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي
رحمه الله واختلفوا في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما على اثنا عشر سهما للابن
سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى
ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما
على قدر حقهما هذا ضرب بثلثة وذاك ضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد رحمه الله ان الخنثى
لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف
وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان لكل واحد الثلث وفي حال اثلاثا للخنثى
سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين وقع الشك في السهم الزائد فينتصف فيكون له
سهمان ونصف فانكسر فاضعف لزوال الكسر فصار الحساب من اثنا عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة
ولابي حنيفة ان الحاجة هاهنا الى اثبات المال ابتدا والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما
زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك فصار كما اذا كان الشك
في وجوب المال بسبب آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا
فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما
واخا لاب وام خنثى او امراة واخوين لام واخا لاب وام خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف
وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين الثلث والباقي للانثى لانه اقل النصيبين
فيهما والله اعلم ٥ **مسايل شتى** قال رضي الله عنه واذا قرى على الاخرس
كتاب وصيه فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جا من ذلك
ما يعرف انه اقرار فهو جايز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله
يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي
والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت

معلومة معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت
له اشارات معلومة قالوا هذا بمنزلة الاخرس لان التفريط جا من قبله حيث اخر
الوصية الى هذا الوقت واما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال ظ
دون الاصلي فلا يتلاحقان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب
كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراوه ويقتص منه وله ولا



يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلم
ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغايب
العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو
بمنزلة النطق في الغايب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار
واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة
على الهوا والما وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة
في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ
دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها
حق الله تعالى ولانها تندري بالشبهات ولعله كان مصدقا فالقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد
ايضا للاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ص
ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى انه لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام
لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد
التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة
كساير المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس
فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتابة
من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هاهنا كذلك فيكون
فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغايب في الجملة لقيام
اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسألة
على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رحمهم الله انه
لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه حجة هاهنا منهما

فقال اشارة او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان
لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لانه اقرب الى النطق من آثار
الاقلام فاستويا وكذا الذي صمت يوما او يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق
قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة
فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا
كانت الحالة حالة الاختيار اما حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة
المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكيه اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله
الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار
وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة
لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق
المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على
الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره
دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة
اغلب لانه لا ضرورة والله اعلم بالصواب ٥ ٥

تم كتاب الهداية بحمد الله وعونه وحسن توفيقه
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم
وكان الفراغ من كتابته في شهور سنة
احدى واربعين وسبع مائة
غفر الله لكاتبه ولوالديه ولمن نظر فيه
ولجميع المسلمين بمنه وكرمه



